



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

FELIPE LINDE LIMA

**O DIREITO SUCESSÓRIO DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS EM CASOS DE
*POST-MORTEM***

BRASÍLIA
2018

FELIPE LINDE LIMA

**O DIREITO SUCESSÓRIO DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS EM CASOS DE
*POST-MORTEM***

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Medeiros

BRASÍLIA

2018

FELIPE LINDE LIMA

**O DIREITO SUCESSÓRIO DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS EM CASOS DE
*POST-MORTEM***

Monografia apresentada à Faculdade de
Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Medeiros

Brasília, ____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Luciano Medeiros

Prof. Examinador

Prof. Examinador

Para meu avô, José Linde Flores.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Luciene Linde e Amarildo Lima por sempre terem me educado da melhor forma possível. Um grande obrigado a vocês, meus exemplos de vida, que sempre me proporcionaram acesso à educação de qualidade.

A minha madrinha, Cristiane Thomé, por mais que esteja em SP, sempre me ensinou que temos que persistir fortemente no caminho da vida. Obrigado por ser minha segunda mãe, A. Cris.

Um obrigado especial a Aline Moraes e Roberto Castelani, meus padrinhos de coração. Sempre me apoiaram e acreditaram na minha capacidade. E especialmente você, Roberto Castelani, que é a minha fonte de inspiração para seguir minha carreira de C.E.O.

A minha amiga Rebeca Rocha, por ter me apoiado nesse presente trabalho e por ter me ajudado com as normas de ABNT. Obrigado pelo carinho de sempre comigo Rebs.

Ao meu orientador, Luciano Medeiros, por ser um excelente professor e por sua dedicação ao seu trabalho. E por ser o mentor responsável por despertar minha paixão pelo Direito Sucessório.

Aos meus avós maternos, pelo carinho e amor imensurável. A minha vó Loreta Linde, por ter feito da minha infância a melhor de todas.

A minha primeira chefe do meu primeiro estágio no segundo semestre do curso de Direito, Irisnei Leite, pela experiência enriquecedora sobre o mundo jurídico e por ter ascendido meu amor pelo Direito.

RESUMO

Com o advento das técnicas de Reprodução Assistida (RA), tornou-se possível o surgimento de uma nova vida após a morte do genitor, por meio da chamada inseminação homóloga. Existe uma lacuna na lei sobre o direito sucessório desses filhos que venham a nascer com vida, por isso a importância deste trabalho. Com base na jurisprudência e nos projetos de Lei da Câmara dos Deputados, advoga-se a necessidade de o Poder Judiciário tomar posicionamento sobre o assunto e criar legislação que regule os direitos dos embriões excedentários, inclusive os sucessórios. A garantia de maior segurança jurídica de herança aos que nascerão a partir das técnicas de RA responde ao objetivo essencial do Direito Sucessório, de correta distribuição dos quinhões aos herdeiros.

Palavras-chave: Reprodução Assistida. Embrião Excedentário. Inseminação artificial homóloga. *Post mortem*. Direito Sucessório.

ABSTRACT

The modernization of Assisted Reproductive technology (ART) made possible artificial conception of new lives, even after the genitor's death. This post mortem birth is realized through homologous insemination, subject of this work. Its treatment is inspired by the gap of the inheritance law concerning ART unborn-alive infants. Based on jurisprudence and bills of the Chamber of Deputies, the Judiciary needs to have a position on the matter and create a legislation which regulates the rights of surplus embryos, including those of succession. Greater legal certainty on inheritance to these children should go hand in hand with the core of the Inheritance Law, that is, to distribute the estate to heirs.

Keywords: Assisted reproductive technology. Surplus Embryo. Homologous artificial insemination. Post mortem. Inheritance law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1A REPRODUÇÃO ASSISTIDA E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	10
1.1.1 <i>Família.....</i>	11
1.1.2 <i>Parentesco</i>	12
1.1.3 <i>Paternidade</i>	12
1.2 Personalidade Jurídica	13
1.2.1 <i>Perspectivas do início da vida segundo a Medicina</i>	14
1.2.2 <i>Perspectivas do início da vida segundo o Direito.....</i>	15
1.2.3 <i>Teorias concepcionistas, natalistas e da personalidade condicional.....</i>	15
1.2.4 <i>Extinção da personalidade jurídica</i>	18
1.3 Métodos de Reprodução Assistida (RA)	18
1.3.1 <i>Inseminação artificial</i>	21
1.3.2 <i>Reprodução assistida homóloga e heteróloga</i>	22
1.3.3 <i>Fertilização in vitro (FIV)</i>	23
1.3.4 <i>Gestação/útero de substituição.....</i>	24
1.4 Novas regras de Reprodução Assistida (RA)	25
2 O DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DA COEXISTÊNCIA.....	27
2.1 Modalidades de herdeiros previstas no Direito Brasileiro	27
2.2 Herança e sua gestão	28
2.3 Princípio de <i>saisine</i>.....	29
2.4 Aceitação e renúncia da herança	30
2.5 A exclusão da sucessão: indignidade sucessória e deserdação.....	31
2.6 Petição de Herança	33
2.7 Considerações iniciais sobre a ordem de vocação hereditária – Sucessão Legítima	34
2.8 Dos Testamentos em geral e da capacidade de testar – Sucessão Testamentária	36
2.9 Princípio da coexistência e sua importância para a capacidade sucessória.....	39
2.9.1 <i>Exceção ao princípio da coexistência (Nascituro e Prole Eventual)</i>	40
3 REFLEXOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO DIREITO SUCESSÓRIO	45
3.1 Presunção de filiação e o art. 1.795 do CC/2002	45
3.1.2 <i>Princípio da igualdade entre os filhos.....</i>	47
3.2 <i>A capacidade sucessória e o art. 1.798 do CC.....</i>	49
3.3 Princípio da segurança jurídica e sua influência no Direito Sucessório.....	50
3.4 A situação jurídica dos embriões que ainda não foram concebidos	53

3.5 Correntes doutrinárias acerca dos direitos sucessórios dos embriões excedentários	54
3.5.1 <i>Favoráveis</i>	54
3.5.2 <i>Contrárias</i>	55
3.6 Defesa à sucessão dos embriões não-concebidos	57
3.7 Consentimento expresso do <i>de cujus</i> para utilização de seu gameta ou introdução de embrião após o seu falecimento	63
3.8 Problemática dessa situação concreta no ordenamento jurídico brasileiro	65
3.8.1 <i>Lei de Biossegurança nº 11.105/2005</i>	65
3.9 Projetos de Lei sobre os embriões excedentários	66
3.9.1 <i>PL 9.403/2017</i>	66
3.9.2 <i>PL 115/2015</i>	67
3.9.3 <i>PL 115/2015</i>	68
3.10 Possíveis soluções	69
3.10.1 <i>Resolução CFM nº 2.168/17</i>	69
3.10.2 <i>A instabilidade democrática como empecilho para o ordenamento jurídico brasileiro</i>	70
3.10.3 <i>Meio ambiente e o art. 225 da CF de 1988</i>	71
3.10.4 <i>ADI nº 3.510/DF e a Lei de Biossegurança 11.105/2005</i>	72
3.10.5 <i>Cooperação entre a Bioética, Biodireito e Humanismo Jurídico</i>	74
CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS	79

INTRODUÇÃO

Em 1978, nascia o primeiro “bebê de proveta” no mundo. Desde então, é possível a concepção de uma nova vida por meio das técnicas de Reprodução Assistida (RA), em que a formação de um novo indivíduo por procedimentos artificiais, possibilita a constituição de uma família por métodos alternativos.

A fertilização *in vitro* (FIV) é uma das RA's mais utilizadas no Brasil, na qual resulta o embrião excedentário, que são embriões manipulados e preparados, mas que não são implantados imediatamente no útero da mulher, pois são congelados para uma futura implementação ou não, ou seja, são criopreservados.

No primeiro capítulo, será discutido os métodos de RA e a incidência do Direito Civil no seu âmbito. No Brasil, é adotado a teoria natalista para a aquisição da personalidade jurídica, conforme previsto no artigo 2º do Código Civil de 2002. Em outras palavras, um indivíduo adquire direitos e contrai obrigações com o seu nascimento com vida.

Dessa maneira, os embriões excedentários não possuem direitos e obrigações, pois estão excluídos do rol da teoria natalista, já que ainda não foram concebidos e não nasceram com vida.

Por envolver graves problemas ético-jurídicos, o Direito ainda não chegou a um consenso sobre o assunto, justamente por abordar questões de herança abrangidas pelo Direito Sucessório, o que será abordado no segundo capítulo.

O ramo do Direito responsável pela herança é o Direito Sucessório, expresso nos arts. 1.784 ao 2.027 do Código Civil de 2002. Nesse Direito, é explicitado como deve ocorrer a sucessão, ou seja, como deve ocorrer a distribuição do quinhão hereditário para os respectivo(s) herdeiro(s), que deve obedecer o trâmite legal do CC, justamente por estar cuidando do patrimônio ativo e passivo do *de cujus*. O ordenamento jurídico brasileiro prevê duas modalidades de sucessão *mortis causa*: (i) sucessão legítima; e (ii) sucessão testamentária.

Apesar desse requisito do nascimento com vida para adquirir personalidade jurídica, o princípio da coexistência previsto no art. 1.798 do CC/2002 prevê duas

exceções, na qual, é possível aquisição do direito hereditário sem o indivíduo ter nascido ainda, é o caso do nascituro e da prole eventual.

Os embriões excedentários não estão previstos nas exceções presentes no princípio da coexistência, ou seja, não possuem nenhum direito defendido pela lei. Por esse motivo, é necessário que se resolva esse problema, ou seja, que se crie uma legislação específica sobre o assunto. Na Câmara dos Deputados já tramitam projetos de lei regulamentando o assunto, porém, nenhum foi aprovado até o presente momento, devido a inércia do Poder Judiciário.

No terceiro capítulo, será abordado a questão da filiação e o art. 1.795 do CC de 2002, além da explicação da legitimidade do filho concebido *post mortem* em ser herdeiro legítimo.

O CC de 2002 assegura a filiação da criança gerada por inseminação artificial homóloga, conforme art. 1.597. Logo, se a filiação dessa técnica de RA é reconhecida, e através do princípio da igualdade entre os filhos e do cabimento da petição de herança nesses casos, não há motivo para excluir os direitos sucessórios dos embriões excedentários no ordenamento jurídico brasileiro.

O embrião excedentário decorrente da inseminação artificial homóloga, caso venha a nascer com vida, é herdeiro necessário, pois o CC/2002, no inc. I do artigo 1.829 alega que um dos sucessores legítimos é o descendente. Como esse novo indivíduo que nascer com vida é descendente, pois é filho do genitor, deve ter o direito ao seu quinhão hereditário. Além disso, o filho concebido *post mortem* em casos de inseminação artificial homóloga possui legitimidade para ser herdeiro legítimo, conforme será demonstrado no terceiro capítulo.

Conforme exposto na Resolução nº 2.168 do CFM, com a aprovação de novas técnicas de RA e a ampliação do seu público-alvo (pessoas solteiras, casais homoafetivos e outros) a sua utilização será cada vez maior, e por isso a relevância do presente trabalho. É um assunto polêmico, pois envolve Biodireito e Bioética, mas que deve ser solucionado de maneira plausível com os princípios constitucionais e o CC de 2002, pois existe uma possibilidade desse embrião excedentário decorrente de *post mortem* resultar numa vida nova, ou seja, que venha adquirir personalidade jurídica e direitos.

1 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Os métodos de reprodução assistida (RA) são métodos artificiais que permitem a procriação da mulher por métodos alternativos, isto é, sem o coito. Existem várias razões para a concepção de uma vida não ocorrer pelo contato físico entre homem e mulher: *(i)* fatores biológicos; *(ii)* fatores psicológicos; e *(iii)* fatores de ordem médica.

Esses métodos interferem no ordenamento jurídico brasileiro, pois questões como paternidade, família, e início da personalidade jurídica influenciam diretamente o Direito Familiar e Cível. Tudo isso será explicado ao decorrer do presente capítulo, pois são assuntos introdutórios fundamentais para a compreensão da presente tese discutida.

Como o atributo jurídico de cada pessoa está relacionado a personalidade, deve-se analisar em que momento ela se inicia e termina, para o estudo das suas consequências jurídicas, como questões éticas e sucessórias, o que será abordado a seguir. E por fim, será abordado a extinção da personalidade jurídica, que ocorre com a morte.

1.1 O direito de família

A entidade familiar é fundamental para o estudo das técnicas de RA. Conforme §3º do art. 226 da CF: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 1988). Entretanto, atualmente reconhece outros tipos de entidades familiares, o que é fundamental para um Estado Democrático de Direito.

1.1.1 Família

Contemporaneamente, a jurisprudência passou a reconhecer arranjos familiares distintos dos previstos no Texto Maior. Esse referencia-se exclusivamente às famílias encabeçadas por homem e mulher, enquanto aquela abarca (i) homem e homem; (ii) mulher e mulher, indo além do padrão da família composto somente por casais heteroafetivos, desde que exista o desejo subjetivo de constituir família (PEREIRA, 2014, p. 32-36). Conforme decidido no Resp nº 1183378/RS:

“Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado ‘família’, recebendo todos eles a ‘especial proteção do Estado’” (BRASIL, 2011).

Nesse âmbito adentra o planejamento familiar, conforme §7º do art. 226 da Constituição Federal (CF) de 1988 que o institui como livre decisão do casal. Com esse princípio, surge o direito à procriação, sendo a família livre para decidir sobre o número de filhos, como educará seus filhos, ao acesso às informações, instruções e serviços, incluindo a utilização das técnicas de RA (LÔBO, 2015).

Atualmente, o conceito de “família” valoriza o afeto e a interação existente entre as pessoas no âmbito familiar, sendo esse “sentimento” fundamental para incidência do campo jurídico, pois define o próprio conceito de entidade familiar. Diante desses novos tipos de “família”, “o princípio da dignidade humana é o princípio norteador do Direito de Família Brasileiro” (PEREIRA, 2014, p. 63). Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, família pode ser definida como:

“Uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função. Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem entretanto estarem necessariamente ligados biologicamente. [...] Um indivíduo pode ocupar um lugar de pai sem ser o pai biológico” (PEREIRA, 2012, apud, PEREIRA, 2014, p. 26-27).

O afeto sustentado pelo convívio duradouro, que decorre de uma origem comum ou em razão de um destino comum, conduz suas vidas tão intimamente, que as torna “cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico”

(PEREIRA, 2014, p. 36-37). Por esse motivo, são reconhecidas várias entidades familiares.

1.1.2 Parentesco

O parentesco pode ser consanguíneo, por afinidade, ou civil. Este ocorre por uma origem diferente da origem biológica ou da afinidade, conforme definido no art. 1.593 do CC (BRASIL, 2002). O segundo acontece entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro cônjuge ou companheiro, como por exemplo, sogra e cunhado. Esse parentesco está previsto no caput do art. 1.595: “cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade” (BRASIL, 2002). Ainda no §1º desse artigo: “o parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro” (BRASIL, 2002). O laço consanguíneo ocorre pelo vínculo biológico ou de sangue, ou seja, é um relacionamento entre pessoas de tronco comum, como pai e filho, por exemplo (TARTUCE, 2014).

1.1.3 Paternidade

A paternidade é “o reconhecimento do direito a um filho”, isto é, quando um pai reconhece que determinada pessoa é seu filho(a), seja uma paternidade biológica, que é o filho consanguíneo ou afetiva, que ocorre pelo laço familiar construído com o tempo. (DINIZ, 2002, p. 136). Esse vínculo sofreu transformações ao decorrer do tempo, pois antigamente a única paternidade reconhecida era biológica, o que causava um tratamento diferenciado entre filhos biológicos e adotados. Devido a esse tratamento diferenciado, a Constituição Federal reconheceu o tratamento igualitário entre todos os filhos, com fulcro no §6º do art. 227 (BRASIL, 1988).

Todos dispõem do direito paterno (DINIZ, 2002). Dessa maneira, a todo indivíduo é o reconhecido o direito de ter o seu pai reconhecido, segundo o art. 1.597 do CC:

“Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido” (BRASIL, 2002).

A relação entre pai e filho não depende do fator biológico, e sim do laço afetivo que é construído ao longo do tempo, como por exemplo, nos casos de inseminação artificial heteróloga, já que o sêmen utilizado é de um terceiro nessa RA (TARTUCE, 2014). Segundo Dias:

“Ser pai era considerado algo da ordem natural e da ciência, mas as mudanças socioeconômicas e culturais que consolidaram nos últimos tempos, juntamente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, mostraram-nos que a paternidade requer envolvimento afetivo e primordialmente resguardar a dignidade da pessoa humana e o interesse da criança” (DIAS, 2007, p. 320).

A Constituição Federal legitima o afeto no âmbito da juridicidade, pois nomeou a paternidade afetiva de entidade familiar, tendo como consequência, a proteção do Estado (BRASIL, 1988). Conclui-se que há diversas entidades familiares, que unem-se por laços de afeto e devem ser tuteladas, independentemente de relações sanguíneas, mas mormente pela comunhão da vida (PERLINGIERI, 1999).

Assim sendo, o instituto da paternidade é fundamental para o Direito de Família e Direito Sucessório, pois traz em seu bojo muita responsabilidade, incluindo as de ordem moral ou patrimonial. A terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp nº 1274240/SC, entendeu que devem ser “assegurados os direitos sucessórios decorrentes da comprovação do estado de filiação” (BRASIL, 2013).

1.2 Personalidade Jurídica

Conforme expresso no Texto Maior, toda pessoa é centro do interesse jurídico. Nas palavras de Paulo Thompson Flores (2013, p. 186), o “legislador ressaltou que

ao Direito Civil não incumbe apenas assegurar o direito à vida, mas sim e, principalmente, o direito à vida digna”. Esse é o conceito do princípio da dignidade humana, que com fulcro no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, a define como base do Estado Democrático do Direito (BRASIL, 1988).

A expressão jurídica do ser pessoa é a personalidade, definida como a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Qualidade inseparável do ser humano, independentemente de quaisquer requisitos psíquicos, tem sua segurança jurídica da pessoa resguardada na imagem do sujeito de direito, entendido como a titularidade de direitos e deveres por um ser humano (FLORES, 2013).

O sujeito de direito participa de relações jurídicas (AMARAL apud FLORES, 2013, p. 203), definidas como as relações humanas que geram efeitos jurídicos para as partes envolvidas, devido aos direitos e obrigações decorrentes dessa relação. Dessa maneira, nem toda relação humana é uma relação jurídica, como por exemplo, a amizade (FLORES, 2013, p. 203). Segundo a lei brasileira, interpreta-se, da definição do sujeito de direito como elemento da relação jurídica, três entes centrais: (i) pessoa natural; (ii) nascituro; e (iii) prole eventual. Este constitui-se no ser humano não concebido, o segundo refere-se ao ser humano concebido no ventre materno, e aquele consiste no ser humano já nascido. Assim sendo, existe uma lacuna na lei em relação ao embrião humano concebido *in vitro* (MEIRELLES, 2000).

A personalidade é a origem de todos os direitos, e por esse motivo, a limitação do seu início é fundamental para garantir a segurança jurídica. Para o ordenamento jurídico brasileiro a instituição da personalidade inicia-se com o nascimento com vida, com a ressalva de que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, conforme art. 2º do CC (BRASIL, 2002).

1.2.1 Perspectivas do início da vida segundo a Medicina

A Medicina possui diferentes posicionamentos sobre o início da vida. Essas posições são medulares para o Direito, pois influenciam diretamente na esfera jurídica dessa ciência, como o destino dos embriões excedentários, por exemplo. Esses embriões são manipulados e preparados, mas não são implementados de imediato,

continuando armazenados para uma futura implementação ou não (GAMA, 2003). Três são as posições predominantes a respeito do instante em que a vida se inicia, entre elas: (i) momento da fecundação; (ii) momento da nidação; e (iii) momento da formação do sistema nervoso (FLORES, 2013).

(i) Momento da fecundação: acontece quando o espermatozoide penetra o óvulo maduro, ocorrendo a fertilização da célula reprodutora feminina, o óvulo. Esse posicionamento é o mais clássico, tanto no âmbito científico, quanto no âmbito religioso;

(ii) Momento da nidação: inicia-se aproximadamente no 6º e 7º dia depois da fecundação, e reside na fixação do óvulo na parede do útero (nesse processo já ocorreu a divisão celular). É nessa fase que se inicia propriamente a gravidez, além disso, ocorre o início das transformações hormonais no corpo feminino. A maioria dos autores modernos adotam esse posicionamento porque é nessa fase que inicia-se uma vida possível;

(iii) Momento da formação do sistema nervoso: começa ao redor do 14º dia de gestação, aproximadamente 3 (três) semanas após a fecundação. Diversos juristas defendem essa posição, pois sem a existência de atividade cerebral não haveria vida, sendo sua instituição marcada pelo início da atividade cerebral.

1.2.2 Perspectivas do início da vida segundo o Direito

O debate sobre o início da personalidade jurídica ocorre desde as origens do direito romano. Desses dois critérios surgiram as principais teorias discutidas: (i) teoria concepcionista; (ii) teoria natalista; e (iii) teoria da personalidade condicional (FLORES, 2013).

Segundo o Direito, o início da vida começa no instante em que o indivíduo nascer com vida, conforme art. 2º do CC (BRASIL, 2002).

1.2.3 Teorias concepcionistas, natalistas e da personalidade condicional

A vertente concepcionista defende que o início da personalidade ocorre no momento da concepção. Os seus defensores advogam que a qualidade de sujeito de

direito é inseparável da pessoa, e conforme já mencionado, à figura da personalidade é inerente à toda pessoa. Portanto, sendo sujeito de direito, ocorre o início da personalidade na pessoa, já que essas qualidades são intrínsecas à figura do ser humano. A ordem jurídica reconhece direitos ao nascituro, tanto no âmbito patrimonial, como o direito à herança e de receber doação, quanto direitos no âmbito pessoal, a exemplo do direito à vida e ao reconhecimento como filho. Dessa maneira, a personalidade é a fonte de todos os direitos, e como o próprio nascituro possui direitos certos e definidos, a personalidade desse remontaria à concepção (FLORES, 2013).

Os defensores dessa teoria utilizam como base de seu argumento o artigo 1º da CF de 1988, que versa sobre a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988). Na vida intrauterina o ser já possui características genéticas e pertence ao gênero humano, logo, deve ser entendido como titular de personalidade. A maior dificuldade enfrentada por essa teoria, entretanto, é a definição do exato momento em que a concepção torna-se fato dado para a atribuição da personalidade.

Conforme o artigo 2º do CC, a teoria natalista é adotada no ordenamento jurídico brasileiro. Seus defensores argumentam que a personalidade inicia-se com o nascimento com vida. Esse dispositivo é muito questionado, pois a lei resguarda desde a concepção direitos do nascituro. Apesar disso, essa vertente natalista defende-se usando o argumento de que o direito do nascituro nada mais é do que a proteção ao ser que irá nascer (FLORES, 2013). O momento de aquisição da personalidade jurídica será apenas com o nascimento com vida, sendo a posição majoritária dos defensores natalistas (MÁRIO, 2006 apud FLORES, 2013).

Alguns defensores dessa teoria defendem a personalidade fictícia, artificial, presumida do nascituro. Isto é, mesmo a pessoa adquirindo personalidade somente com o nascimento com vida, garantem-se direitos ao nascituro se esse nascer com vida. Segundo Orlando Gomes (apud FLORES, 2013, p.213):

“O nascituro não tem personalidade, mas desde a concepção, é como se tivesse... Estas ficções atribuem personalidade porque reconhecem nos beneficiados, a aptidão para ter direitos, mas é logicamente absurdo admitir a condição de pessoa natural em quem ainda não nasceu ou já morreu. Trata-se de construção técnica destinada a alcançar certos fins”.

A teoria natalista empregada pelo ordenamento jurídico brasileiro provoca muitas discussões, pois de um lado defende o direito do nascituro, e de outro alega

que o início da personalidade decorre do nascimento com vida, gerando uma contradição de posicionamentos. A lei brasileira reconhece que o nascituro possui direitos, mas não tem personalidade, já que ainda não nasceu. Assim sendo, a problemática da questão concentra-se em qual é a condição jurídica do nascituro (FLORES, 2013).

Como exemplo, podemos citar o decidido no Resp nº 1415727/SC, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, no qual entendeu ser cabível indenização pelo seguro DPVAT em decorrência de um aborto sofrido por um acidente automobilístico, tendo como consequência, a morte do nascituro. Conclui-se que o ser humano concebido no ventre materno possui não somente direitos patrimoniais, quanto o direito à vida (BRASIL, 2014). Nas palavras do Ministro:

“As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional - fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa - como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros” (BRASIL, 2014).

Como exposto pelo Ministro, a teoria natalista envolve muitas discussões pelo fato de levar em consideração a imagem do nascituro. É fundamental que esse tenha todos os direitos respeitados, pois caso contrário, ocorrerá uma violação ao princípio da dignidade humana. Todo aplicador da lei deve levar em consideração a seguinte tese do Resp nº 1415727/SC:

“[...]hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais [...]” (BRASIL, 2014).

Já a teoria da personalidade condicional é uma posição formada pela teoria natalista e teoria concepcionista. A vertente condicionalista defende que o nascituro possui direito. Porém, para esse direito existir dever-se-ia observar certos requisitos,

ou seja, é um direito condicional. Para os seus defensores, esse direito condicional será obtido mediante o nascimento com vida do ser (FLORES, 2013).

Para Francisco Amaral, o sistema jurídico brasileiro permite outro entendimento. O direito à vida é garantido pela lei, conforme *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Feto é sujeito de direito, pois desde sua concepção, pode vir a ser parte de futuras relações jurídicas, concretizando-se somente com o nascimento com vida (AMARAL, 2006, apud, FLORES, 2013, p. 216-217). Esse defensor chegou a essa conclusão com base nos artigos 1.799, I, 1.779, 1.609, parágrafo único, e 542 do CC, e reforça seu posicionamento com a seguinte concepção “o nascimento não é condição para que a personalidade exista, mas para que se consolide” (AMARAL, 2006, apud, FLORES, p. 217).

1.2.4 Extinção da personalidade jurídica

Segundo o artigo 6º do CC, a perda da personalidade civil ocorrerá no caso de falecimento da pessoa natural ou nos casos de paralisia cerebral. Em regra, o *de cuius* perde os direitos e obrigações de natureza personalíssima, inclusive os contratos celebrados *intuito personae*. Porém, não são todos os direitos que a pessoa falecida perde, como por exemplo, os direitos não personalíssimos (de natureza patrimonial), transmitidos aos seus herdeiros (FLORES, 2013).

O cadáver é o elemento que comprova a morte de alguém, tendo como consequência, uma prova indubitável sobre o ocorrido. Essa confirmação deve ser declarada por atestado médico e levada a registro no Registro Civil das Pessoas Naturais, conforme o inc. I do art. 9º do CC (FLORES, 2013).

1.3 Métodos de Reprodução Assistida (RA)

O início de uma nova vida ocorria, exclusivamente, pela cópula entre homem e mulher. Entretanto, devido ao avanço da tecnologia tornou-se possível a concepção de um novo ser pelos métodos laboratoriais de reprodução assistida (RA): (i) a inseminação artificial, subdividida em homóloga e heteróloga; (ii) a gestação/útero de substituição; e (iii) a fertilização *in vitro* (FIV). Esta última ocorre fora do corpo da mulher, sendo as células ovarianas fertilizadas pelo espermatozoide. Na

gestação/útero de substituição, o óvulo e o espermatozoide são preparados em laboratório e inseridos no útero da futura gestante, que deu seu consentimento para tanto. Aquela, por sua vez, consiste na introdução dos espermatozoides na cavidade uterina ou canal cervical da mulher. As técnicas supracitadas são objeto do biodireito, ramo jurídico dedicado à positivação de normas bioéticas, e por isso geram discussões polêmicas no ordenamento jurídico brasileiro, assunto que será abordado ao longo do presente trabalho (LEITE, 1995).

A década de 1970 foi o ponto de partida para a aplicação de técnicas de RA (LEITE, 1995). Entretanto, ainda hoje seguem tendo alto grau de incerteza, pois nem sempre as taxas de investimento financeiro repercutem no resultado esperado. Por exemplo, o sucesso do procedimento diminui conforme a idade dos pacientes aumenta. Em mulheres de até 30 anos, a taxa fica ao redor de 45%; aos 35 anos diminui para 35%; de 35 a 40 anos, a chance é de 25% a 30%; e acima de 40 anos, de 18% a 20% (PESSINI, 2005, p. 297).

Fatores de ordem biológica, médica ou psíquica podem causar a incapacidade para conceber uma nova vida pelo coito. Tal técnica permite a realização do sonho de muitas famílias, pois nem todo casal pode ter filho pelo método habitual, como por exemplo, os casais homoafetivos. Dentre as limitações de ordem médica, relacionadas a infertilidade, que ocorre em casos que o casal atinge a gravidez, mas a gestação não prossegue, sendo interrompida precocemente (NEUSPILLER; ARDILES, 2003), podem se citar: “(i) doença hereditária; (ii) malformação congênita; e (iii) obstrução das trompas de falópio ou ausência de útero, no caso das mulheres” (DINIZ, 2002. p. 478). Estima-se que a infertilidade atinja cerca de 20% da população mundial, tanto homens quanto mulheres (PESSINI, 2005).

O Conselho Federal de Medicina (CFM) alega que a infertilidade é um “problema de saúde”, conforme a Resolução nº 2.168 de 2017. A RA permite contornar tal condição. As despesas de um tratamento, entretanto, chegam a custar R\$ 12 mil por tentativa (CORDÓN; GARRAFA, 2006). E por esse motivo, é importante garantir o direito ao acesso integral, universal e equitativo à saúde, previsto na CF de 1988, visando a realização gratuita da RA pelo Sistema Único de Saúde (SUS) (BRASIL, 1988). O ordenamento jurídico brasileiro permite o uso dessa tecnologia em conformidade com o *caput* do artigo 5º da CF de 1988, que o compreende como recurso de direito à vida (BRASIL, 1988).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) também adota o posicionamento de que a RA é um direito. Conforme decidido no caso “*Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro)* contra Costa Rica”, em 2012, o direito à vida privada está diretamente interligado com a autonomia reprodutiva, além de ser um direito da mulher. Portanto, qualquer impedimento do uso dessa técnica consiste numa discriminação contra a imagem da mulher (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

A RA está enquadrada no âmbito de um direito humano fundamental, o da procriação. Conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, em seu artigo XVI: “os homens e as mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar a família” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948). Nas palavras de Diniz, (2002, p. 477-478): “[...] gerar um filho não é uma questão de laboratório, mas obra do ser humano”, o que requer regulamentação rígida sobre as técnicas de RA”.

Todas as técnicas de RA devem observar as normas éticas do Conselho Federal de Medicina, que estabelecem normas sobre responsabilidade civil por dano moral e patrimonial que venham a causar (DINIZ, 2002). Dentre as diretrizes da Resolução nº 2.168/2017, podem-se citar aquelas em que: (i) as técnicas de RA só poderão ser utilizadas quando houver probabilidade de sucesso, e quando não comprometerem a saúde da paciente ou possível descendente; (ii) “consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA” ; (iii) proíbe-se a seletividade do sexo ou quaisquer outras características biológicas, salvo em casos que se tratem de evitar doenças; (iv) “o documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de RA; (v) veda-se “a fecundação de óocitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana; (vi) restringe-se o número de óocitos e pré-embriões que serão transferidos para a receptora, a fim de minorar a ocorrência da multiparidade, que segundo O’BOYLE et al (2005) é o múltiplo número de gravidez; e (vi) desautoriza-se a redução embrionária nos casos em que o procedimento resultou em gravidez múltipla (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

1.3.1 Inseminação artificial

A inseminação artificial (IA), conhecida como Inseminação Intrauterina (IIU), é o procedimento de RA mais antigo. Essa técnica consiste na inserção do sêmen na cavidade uterina da mulher, de maneira artificial¹, e sem manipulação externa do óvulo ou do embrião. Assim sendo, apenas o espermatozoide é preparado em laboratório, e posteriormente, inserido no corpo da mulher. Ao contrário da FIV, a união entre os gametas ocorre nas trompas, que seguem para o útero (DINIZ, 2002, p. 475). Esse método de RA tem como objetivo aumentar o potencial de fecundação dos espermatozoides, sendo indicado para os seguintes casos: (i) mulheres mais jovens com problemas de ovulação (como ovário policístico); e (ii) baixa quantidade e mobilidade de sêmen (DINIZ, 2002).

O primeiro caso desse procedimento ocorreu na Idade Média, quando Arnaud de Villeneuve, médico de reis e papas, obteve sucesso na inseminação artificial da esposa de Henrique IV de Castela². Nesse caso, ocorreu a inseminação homóloga, pois o sêmen utilizado foi o do marido da paciente (LEITE, 1995, p. 31). Esse procedimento ocorre em três etapas: (i) induz-se à ovulação com a utilização de medicamentos; (ii) separam-se os espermatozoides pela locomobilidade, com seleção laboratorial daqueles mais habilitados; e, finalmente, (iii) ocorre a inserção do sêmen masculino na cavidade uterina, por meio de uma seringa (DINIZ, 2002, p. 478-479).

Em síntese, a inseminação artificial consiste em adiantar ou abrir o caminho para os espermatozoides. Para que fique claro o conceito de inseminação artificial:

“A inseminação artificial é a técnica científica mais antiga e consiste, basicamente, na introdução do esperma na cavidade uterina ou no canal cervical, por meio de uma cânula, no período em que o óvulo se encontra suficientemente maduro para ser fecundado. Pode ser homóloga ou heteróloga. A inseminação artificial homóloga é realizada com a utilização do sêmen do marido ou do companheiro da paciente. Para a inseminação artificial heteróloga, utiliza-se o esperma de um doador fértil” (SCARPARO, 1991, *apud* MEIRELLES, 2000, p. 18).

A IA pode ocorrer de duas maneiras distintas: RA homóloga e heteróloga. Esses procedimentos serão explicados no próximo tópico.

¹ O sêmen é introduzido na mulher através de uma sonda/cateter (ALAMIGEON, 1986).

² Henrique IV de Castela foi rei de Castela e de Leão de 1454 até sua morte em 1474 (DAVID, 1990).

1.3.2 Reprodução assistida homóloga e heteróloga

A inseminação artificial (IA) pode ocorrer de duas maneiras: (i) reprodução assistida homóloga e (ii) reprodução artificial heteróloga. Esse procedimento é aceito moralmente e eticamente pela sociedade, inclusive sob o aspecto religioso, já que as outras técnicas de RA geram muitas discussões polêmicas (NAKAMURA, 1984). O prefixo grego “homo” significa igual; dessa forma, a reprodução assistida homóloga ocorre com a utilização do sêmen do parceiro. O prefixo “hetero”, advindo do mesmo idioma, remete à ideia de distinção. Dessa maneira, o procedimento heterólogo ocorre com o sêmen originário de terceiro, que não seja o marido/companheiro da mulher, como no caso das mulheres solteiras ou quando o parceiro sofre de esterilidade irreversível. A primeira inseminação artificial heteróloga ocorreu em 1884 pelo médico inglês Pancoast (NAKAMURA, 1984). Já a RA homóloga ocorre com o sêmen do marido/companheiro (LEITE, 1995).

Nos casos que o tratamento apresenta forte riscos de esterilização, o CFM permite a remoção e conservação do material genético do homem para posterior inseminação (CFM, 2017). Conforme entendimento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, (2008, p. 732):

“É possível que o sêmen, o embrião, e também o óvulo – quanto a este, as experiências científicas são mais recentes – possam ser criopreservados, ou seja, armazenados através de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, o que possibilita, desse modo, que mesmo após a morte da pessoa seu material fecundante possa ser utilizado, em tese, na reprodução medicamente assistida.”

Assim sendo, a reprodução assistida homóloga *post mortem* pode ocorrer em dois casos: (i) introdução do espermatozoide do marido/companheiro falecido no útero da mulher/companheira viúva; (ii) implementação no útero do embrião fecundado *in vitro*, também com o material genético do *de cujus* (GAMA, 2003). A possibilidade de procriação *post mortem* ocorre em casos particulares, para homens que ainda desejam ter filhos, mas por estarem realizando algum tipo de tratamento médico correm o risco de ficarem estéreis e por isso a importância do congelamento do seu material genético. Cita-se Eduardo de Oliveira Leite:

“Trata-se principalmente de sujeitos atingidos por uma doença grave (câncer dos testículos, doença de Hodgkin, certas nefropatias, etc.). Como nestes tratamentos, geralmente de longa duração, a possibilidade de cura não é frequente e se acompanha de esterilidade, o esperma conservado pode servir à inseminação homóloga, o que explica a principal razão da conservação. Diante da possibilidade da esterilização irreversível, pedidos são feitos aos bancos de esperma para conservação. **O homem que congelou seu esperma num destes bancos, pode morrer e à sua viúva faculta-se, então, reclamar a devolução do material coletado, para se inseminar com o esperma do marido falecido**” (LEITE, 1995, p.154-155, Grifo nosso).

Diante do exposto, é necessário que o CFM regulamente de maneira rígida as técnicas de RA, pois sua não observância pode levar a graves danos, o que é vetado pelo próprio Conselho. Nesse entendimento:

“Para evitar que as clínicas inescrupulosas utilizem embriões excedentes, os médicos são obrigados a informar aos pacientes quantos foram produzidos, para que o casal decida quantos pré-embriões serão implantados e se haverá criopreservação do excedente” (SÉGUIN, 2001, p. 95, Grifo nosso).

Conforme decidido pelo STJ, no Recurso Especial (Resp) nº 1.332.773 – MS (2012/0139674-5), existe a equiparação entre companheiro(a)/cônjuge. Esse entendimento aplica-se aos casos de inseminação artificial, já que tanto o cônjuge quanto o companheiro da mulher poderão doar seus espermatozoides de forma igualitária. O disposto no art. 1.723 do Código Civil (CC), de 2002, reconhece “como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002).

1.3.3 Fertilização *in vitro* (FIV)

A fertilização *in vitro* (FIV), também conhecida como “bebê de proveta”, é um procedimento médico que ocorre fora do corpo da mulher, em laboratório. Essa técnica consiste na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com o espermatozoide do marido ou de outro homem. Após essa etapa, insere-se o embrião no seu útero ou no de outra mulher. O processo tem durabilidade de 18h a 24h após o procedimento. Com o resultado bem-sucedido, o embrião permanece no laboratório por cerca de cinco dias. Em seguida, é colocado diretamente no útero da futura mãe,

sendo indicado para os seguintes casos: (i) mulheres com mais de 38 anos; (ii) distúrbio nas trompas ovarianas; (iii) endometrioses severas; e (iv) alterações no sêmen (DINIZ, 2002, p. 475). Conforme imagem:

Figura 1: Veja como funciona a fertilização in vitro



Fonte: Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida
Infográfico elaborado em 22/5/2015

Fonte: Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, 2015.

A FIV é uma técnica nova, cujo início foi em 1944, tendo como primeiro “bebê de proveta” Louise Brown, nascida em 26 de julho de 1978, na Inglaterra. O primeiro bebê concebido pela FIV, no Brasil, foi Anna Paula Caldera, em 7 de outubro de 1984. Entretanto, devido ao aprimoramento da técnica, passou a ser o mecanismo de RA mais utilizado, pois além de apresentar baixo risco para as pacientes é o mais efetivo (DINIZ, 2002, p. 489).

1.3.4 Gestação/útero de substituição

Óvulo e espermatozoide são preparados em laboratório e inseridos no útero da pessoa que aceitou fazer a gestação, a chamada barriga de aluguel. Nesse procedimento não há troca genética e todo o DNA corresponde ao dos gametas. Esse procedimento é indicado para os seguintes casos: (i) ausência ou má-formações

uterinas; *(ii)* doenças que impeçam ou fragilizem a gestação (por exemplo, distúrbios de coagulação); e *(iii)* abortos de repetição (CAMARGO, 2003).

1.4 Novas regras de Reprodução Assistida (RA)

O CFM, na resolução nº 2.168/17, alterou as regras para as técnicas de RA. As principais alterações são: *(i)* ampliação do número de parentes que podem ceder o útero para uma gravidez, pois nas regras anteriores, somente familiares ascendentes, como avó, mãe e tia, poderiam receber o óvulo da doadora. Com as novas regras, filhas e sobrinhas, portanto, descendentes, também foram incluídas no rol de parentesco e podem ceder o útero para gestação. A técnica de RA é voltada para quem tem problemas de saúde que obstem ou comprometem a gestação. As novas regras abrangem também pessoas solteiras, que não têm um companheiro, mas desejam um filho, além de atenderem a casais homoafetivos (Res. CFM nº 2.168/17). Outras mudanças realizadas pelos CFM em relação a criopreservação de gametas ou embriões:

(i) permissão de pessoas que mesmo não possuindo nenhum impedimento para engravidar possam congelar óvulos, espermatozoides ou embriões caso desejem ter um filho futuramente e queiram garantir essa possibilidade (Res. CFM nº 2.168/17).

(ii): “as clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, oócitos, embriões e tecidos gonádicos”. (Res. CFM nº 2.168/17).

(iii): “o número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, conforme determina esta Resolução. Os excedentes, viáveis, devem ser criopreservados” (embriões excedentários) (Res. CFM nº 2.168/17).

(iv): “no momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los” (Res. CFM nº 2.168/17).

(v): “os embriões crioperservados com três ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes” (Res. CFM nº 2.168/17).

(vi): “embrião abandonado é aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato pré-estabelecido e não foram localizados pela clínica” (Res. CFM nº 2.168/17).

Em 2016, foram realizados 33 mil procedimentos de RA no Brasil. Segundo Hitomi Nakagawa, ginecologista e presidente da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida (SBRA) houve um aumento da oferta por clínicas de infertilidade para atender a expansão do número de pessoas que procuram esse procedimento.

2 O DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DA COEXISTÊNCIA

O Direito Sucessório teve origem no Direito Romano, e foi o responsável pela origem da sucessão legítima. Inicialmente, é importante destacar que suceder significa tomar o lugar de outro. O Direito Sucessório é responsável por partilhar todo o patrimônio do *de cuius* para seus respectivos herdeiros, ou conforme a sua própria vontade, nos casos que deixa um testamento válido. A sucessão pode ocorrer através de dois meios (i) sucessão legítima; e (ii) sucessão testamentária. A primeira decorre da própria lei (art. 1.788 do CC), e a segunda da vontade do *de cuius*, que é expressa através de um documento formal.

A herança abrange tanto o patrimônio ativo (bens) quanto o passivo (dívidas) da pessoa falecida. Quando alguém falece e possui patrimônio ativo e/ou passivo, é necessário que se identifique quem herdará todos os ativos e quem será responsabilizado por quitar todas as dívidas do *de cuius*.

O Direito Sucessório está fundamentado no direito de propriedade e na sua função social, conforme art. 5º, XXII e XXIII, da CF vigente. No entanto, esses não são os únicos pilares desse direito, já que o princípio da dignidade humana também possui forte influência, seja do ponto de vista individual ou coletivo, segundo o art. 1º, inc. III e o art. 3º, inc. I, do Texto Maior de 1988.

2.1 Modalidades de herdeiros previstas no Direito Brasileiro

Existem dois tipos diferentes de herdeiros no ordenamento jurídico brasileiro, (i) herdeiros necessários, forçados ou reservatórios; e (ii) herdeiros facultativos (TARTUCE, 2013).

(i) Herdeiros necessários, forçados ou reservatórios são protegidos pela lei, isto é, possuem em seu favor metade do patrimônio do autor da herança, segundo o art. 1.846³ do CC. O valor da legítima é calculado sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, excluindo-se as dívidas e as despesas do funeral, e posteriormente, o valor dos bens sujeitos à colação (art. 1.847 do CC) é acrescentado, tendo como resultado final, o valor total da herança a ser recebida pelo(s) respectivo(s)

³ Código Civil, art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima (BRASIL, 2002).

herdeiro(s). Para proteger a legítima, o ordenamento jurídico brasileiro prevê que nos casos em que haja herdeiro necessário o testador somente poderá dispor da metade da herança, conforme art. 1.789 do CC. Os herdeiros necessários são: descendentes (até o infinito), os ascendentes (sem qualquer restrição) e o cônjuge (art. 1.845⁴). É importante ressaltar que a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário é uma inovação do sistema sucessório em vigor, além de já ter jurisprudência do STJ sobre o assunto, conforme mencionado no primeiro capítulo. E por fim, mesmo o testador deixando uma parte disponível ou mesmo um legado para o herdeiro necessário, este não perde o direito à legítima (art. 1.849) (TARTUCE, 2014, p. 1.344).

(ii) Herdeiros facultativos não possuem em seu favor a proteção da legítima, podendo ser sucessores por força de testamento, conforme art. 1.850 do CC (BRASIL, 2002). Como o próprio nome desses herdeiros diz não se trata de uma sucessão legítima, ou seja, não decorre da lei e sim de uma “faculdade”, leia-se possibilidade. São herdeiros facultativos os colaterais até quarto grau (irmão, tios, sobrinhos, primos, tios-avôs e sobrinhos netos) (TARTUCE, 2014). No caso do *de cujus* falecer e não ter expressado sua vontade com o que seria feito com sua herança, além de não ter descendentes, ascendentes e nem cônjuge/companheiro, os colaterais de quarto grau irão suceder do mesmo jeito, mesmo não tendo havido manifestação de vontade, conforme art. 1.839 do CC (BRASIL, 2002).

2.2 Herança e sua gestão

A herança é a soma de todos os bens formados pelo de cujus, logo, todo patrimônio formado pelo falecido durante a sua vida. Conforme entendimento consolidado pela doutrina e jurisprudência, a herança é responsável pela formação do espólio⁵, que é a universalidade de bens deixada pelo de cujus (TARTUCE, 2014). O espólio é tão importante para o direito sucessório, que enquanto não houver a partilha,

⁴ Código Civil, art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (BRASIL, 2002).

⁵ O espólio, como entidade transitória composta pelo acervo hereditário legado pelo extinto, somente ostenta subsistência jurídica até o momento da ultimação da partilha, pois encerrado o processo sucessório com a destinação do acervo que o integrara aos seus destinatários legais se exaure, e, exaurindo-se com o aperfeiçoamento da partilha, já não ostenta capacidade nem legitimidade para residir em juízo ativa ou passivamente, devendo os sucessores assumirem a angularidade ativa da lide em que demandam direito anteriormente titularizado pelo extinto. (Acórdão n.990181, 20160020388576AGI, Relator: TEÓFILO CAETANO 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 25/01/2017, Publicado no DJE: 10/02/2017. Pág.: 143-176)

é a herança que responde por eventual obrigação deixada pelo de cujus, entretanto, é do espólio a legitimidade passiva ad causam para compor o litígio (BRASIL, 2015).

No momento do início da sucessão, que ocorre com a morte, é necessário que os herdeiros realizem a abertura do inventário (totalidade de todo patrimônio hereditário), tendo um prazo de até 30 dias após o falecimento do indivíduo, conforme art. 1.796 do CC (BRASIL, 2002). Entretanto, pelo fenômeno da morte ser um momento melancólico para a família do de cujus, passou a se reconhecer um prazo maior, justamente por ser comum o atraso na abertura do inventário.

Assim sendo, o processo de inventário e de partilha pode ser instituído num prazo de até 60 (sessenta) dias a partir da abertura da sucessão. E para garantir a “segurança jurídica”, já que essa não ocorre no quesito partilha da herança, o inventário deve ser finalizado no período de 12 (doze) meses decorrentes da abertura. Apesar disso, o juiz pode prorrogar de ofício ou a requerimento de parte esse prazo, segundo o art. 6116 do Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, 2015).

2.3 Princípio de *saisine*

Assim que ocorre a morte do *de cujus*, a herança é transmitida imediatamente aos herdeiros legítimos e testamentários. Esse é o princípio de *saisine*, conforme art. 1.784 do CC (BRASIL, 2002). Trata-se da consagração da máxima *droit de saisine* (TARTUCE, 2013, p. 1.341). Conforme entendimento do REsp nº 1355479/SP (STJ):

[...] “Ante o princípio da *saisine* (artigo 1784 do Código Civil, correspondente ao artigo 1.572 do Código Civil de 1916), com a morte da titular do direito, houve a transmissão, imediata e automática, da posse e domínio dos bens e dos direitos aos herdeiros, independentemente de inventário ou partilha” [...] (BRASIL, 2015).

Em outras palavras, a herança é transferida aos seus sucessores no mesmo instante em que ocorre o falecimento do indivíduo, independentemente de qualquer ato dos herdeiros (TARTUCE, 2013).

⁶ Código de Processo Civil, art. 611. O processo de inventário e de partilha deve ser instaurado dentro de 2 (dois) meses, a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar esses prazos, de ofício ou a requerimento de parte (BRASIL, 2015).

Dessa maneira, nos casos de crianças concebidas pela inseminação *post mortem*, a herança se transmitiria automaticamente quando essas nascessem com vida e o patrimônio recebido ficaria sob cuidado de um curador tutelado pelo juiz que acompanhou a petição de herança, conforme os casos da prole eventual ou herdeiro desconhecido, nos termos do CC (BRASIL, 2002).

2.4 Aceitação e renúncia da herança

Para que ocorra a transmissão da herança, é necessário que o herdeiro expresse sua vontade em receber o deixado pelo de cujus, ou seja, depende da aceitação (BRASIL, 2002). A aceitação é fundamental para o direito sucessório, pois ninguém pode ser herdeiro contra a sua própria vontade (TARTUCE, 2013).

A partir do momento que o herdeiro expressa sua vontade em receber a herança (aceitação), ocorre sua transmissão definitiva para o favorecido, desde a abertura da sucessão, conforme dispõe o art. 1.804 do CC (BRASIL, 2002).

Em conformidade com os arts. 1.805 e 1.807 do CC, a manifestação de vontade em receber a herança pode ocorrer de 3 (três) maneiras (BRASIL, 2002):

- a) Aceitação expressa: ocorre por declaração escrita do herdeiro, e pode ocorrer por meio de dois modos: instrumento público ou particular (BRASIL, 2002).
- b) Aceitação tácita: decorre exclusivamente de atos próprios da condição de herdeiro (BRASIL, 2002).
- c) Aceitação presumida: consiste numa terceira pessoa interessada em saber se o herdeiro aceitará ou renunciará a herança. Assim sendo, poderá após 20 dias da abertura da sucessão, requerer ao juiz prazo razoável, não podendo ultrapassar trinta dias, para nele se pronunciar o herdeiro, sob pena de se haver a herança por aceita (BRASIL, 2002).

Segundo o entendimento do doutrinador Flávio Tartuce, (2014, p.1.363), o repúdio pela herança pode ocorrer de duas maneiras:

- a) Renúncia abdicativa: o herdeiro apenas nega sua herança, alegando que não possui interesse em recebê-la. Com isso, ocorre a alienação pura e simples para todos os coerdeiros, o que consiste na renúncia. Nessa modalidade de renúncia não ocorre a incidência do *Imposto de Transmissão Inter Vivos* contra o renunciante.

b) Renúncia translativa: o herdeiro abre mão de seus direitos a favor de determinada pessoa (*in favorem*). Nessa modalidade de renúncia existe negócio jurídico de transmissão, logo, há incidência do *Imposto de Transmissão Inter Vivos* contra o favorecido.

Ressalta-se que não se pode aceitar ou renunciar apenas uma parte da herança, ou seja, ou o favorecido aceita a fração total da herança ou a renúncia totalmente sob alguma condição (evento futuro e incerto) ou a termo (evento futuro e certo), em conformidade com o art. 1.808 (*caput*) do CC (BRASIL, 2002). Em outras palavras, a lei veda que se aceite ou renuncie a herança fragmentada por um mesmo e único título (TARTUCE, 2014, p. 1364). Por exemplo, o herdeiro não pode aceitar a herança de um imóvel quitado e de alto padrão, e renunciar um imóvel que ainda está com o pagamento em aberto e que esteja localizado num bairro que não agrada o favorecido.

Apesar dessa imposição do CC, há uma exceção em relação a aceitação/renúncia parcial quando se trata de um legado, que é um bem certo e determinado deixado para uma pessoa escolhida pelo *de cujus* (TARTUCE, 2014, p. 1433). O herdeiro pode aceitar o legado e renunciar a herança, assim como pode aceitar a herança e renunciar o legado, segundo o §1º do art. 1.808 do CC (BRASIL, 2002). Ainda em relação ao art. 1.808, nos casos que o herdeiro for sucessor legítimo e sucessor testamentário, poderá esse aceitar os bens transmitidos por meio do testamento, e renunciar à sucessão legítima (§2º do dispositivo citado) (BRASIL, 2002).

Em outras palavras, independentemente do herdeiro aceitar ou renunciar a herança, ambas as manifestações de vontade são atos irrevogáveis pelo ordenamento jurídico brasileiro, especificados no art. 1.812 do CC (BRASIL, 2002).

2.5 A exclusão da sucessão: indignidade sucessória e deserdação

Existem ações realizadas pelo herdeiro que podem excluí-lo legalmente do seu direito sucessório. Nesses casos ocorrerá a indignidade sucessória ou a deserdação, e em ambas as situações o favorecido perde sua “moral” para receber a herança, uma vez que praticou alguma atividade nociva ao *de cujus* (TARTUCE, 2014).

A indignidade sucessória decorre da própria lei por meio de uma sentença (decisão judicial), podendo atingir qualquer herdeiro (art. 1.815 do CC) (BRASIL, 2002). O Ministério Público (MP) e o próprio interessado são legitimados a propor ação de indignidade quando houver questão de ordem pública, consoante o Enunciado n. 116 CJP/STJ, da I Jornada de Direito Civil. O prazo para demandar a exclusão do herdeiro ou legatário termina no prazo decadencial de 4 (quatro) anos, de acordo com o §1º do art. 1.815 (BRASIL, 2002).

Já na deserdação, há uma manifestação de vontade que afasta herdeiro necessário, sendo a sentença o meio formal para sua concretização. E por esse motivo, existe um capítulo próprio da sucessão testamentária (arts. 1.961 a 1.965 do CC) para tratar do instituto da deserdação (TARTUCE, 2014).

Segundo o art. 1.814 do CC, as hipóteses de exclusão dos herdeiros e legatários ocorrem pelos seguintes motivos: (i) quando “tiverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente”; (ii) em casos de terem acusado “caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro”; e (iii) quando “por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade” (BRASIL, 2002).

Além desses motivos, conforme o art. 1.962, a deserdação dos descendentes por seus ascendentes é autorizada nos seguintes casos: (i) ofensa física entre essas respectivas pessoas; (ii) injúria grave entre tais pessoas; (iii) relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; assim como as relações ilícitas com a mulher ou companheira do(a) filho(a) ou a do(a) neto(a); e (iv) desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade (BRASIL, 2002). Segundo entendimento jurisprudencial do STJ, houve equiparação entre cônjuge/companheiro, e por esse motivo aplica-se atualmente a deserdação para o companheiro, uma vez que foi reconhecido que esse é herdeiro necessário, conforme decidido no Resp nº 1.332.773 – MS (2012/0139674-5. Anteriormente, o companheiro(a) ficava excluído da deserdação (BRASIL, 2017).

Conforme art. 1.963 do CC, a deserdação também pode ocorrer pelos ascendentes contra os descendentes nos seguintes eventos: (i) ofensa física; (ii) injúria grave; (iii) relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta e; (iv) desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade (BRASIL, 2002).

Para o ocorrer a deserdação é fundamental que haja declaração expressa do porquê dessa “exclusão” no testamento deixado pelo *de cujus*, de acordo com o art. 1.964 do CC (BRASIL, 2002). Caso não ocorra, essa cláusula de deserdação terá pena de nulidade absoluta, por não ter cumprido com a forma e a solenidade exigida pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 166, IV e V, do CC) (BRASIL, 2002). Além disso, ao herdeiro indicado, ou aquele a quem aproveite a deserdação, cabe provar a veracidade da causa alegada pelo testador na ação de confirmação da deserdação (art. 1.965, *caput*, do CC) (BRASIL, 2002). A partir do momento da data da abertura do testamento, o prazo decadencial para que o herdeiro indicado/aquele a que aproveite a deserdação prove a causa da deserdação é de 4 (quatro) anos (BRASIL, 2002).

Assim sendo, se o embrião excedentário não for excluído ou deserdado de seu direito sucessório, não há que se falar de sua exclusão na partilha da herança, principalmente por causa da ação de petição de herança, sendo um direito fundamental desse que será discutido no próximo capítulo (BRASIL, 2002).

2.6 Petição de Herança

A petição de herança (*petitio hereditais*) é o meio processual cabível de um herdeiro preterido da sucessão hereditária, e por isso, ingressa com essa ação. O seu principal objetivo consiste em obter o que é seu por direito, a herança, conforme art. 1.824 do CC (TARTUCE, 2014). Segundo entendimento do STJ no REsp nº 1.475.759/DF: “a petição de herança objeto dos arts. 1.824 a 1.828 do Código Civil é ação a ser proposta por herdeiro para o reconhecimento de direito sucessório ou a restituição da universalidade de bens ou de *quota* ideal da herança da qual não participou” (BRASIL, 2016).

Por exemplo, um filho não reconhecido e que pretende seu reconhecimento posterior (paternidade) e seu direito sucessório, poderá ingressar com a petição de

herança (TARTUCE, 2014). Dessa maneira, um filho concebido por técnicas de RA em casos de *post mortem* pode ingressar com essa ação processual, tendo em vista que ficou “excluído” da partilha (CAHALI; HIRONAKA, 2012).

Nos termos do art. 1.825 do CC: “a ação de petição de herança, ainda que exercida por um só dos herdeiros, poderá compreender todos os bens hereditários”. Logo, é um direito personalíssimo do excluído da partilha em solicitar o que é seu por direito (BRASIL, 2002). Diante dos casos de inseminação *post mortem*, ressalta-se que “o herdeiro pode demandar os bens da herança, mesmo em poder de terceiros, sem prejuízo da responsabilidade do possuidor originário pelo valor dos bens alienados” (BRASIL, 2002).

2.7 Considerações iniciais sobre a ordem de vocação hereditária – Sucessão Legítima

A sucessão legítima decorre da lei, conforme exposto no art. 1.788 do CC, e ocorre sempre nos casos em que o falecido não tiver deixado testamento, já que em todos os casos de sucessão deve prevalecer a vontade do morto (BRASIL, 2002). Essa sucessão também ocorrerá nos casos em que os bens deixados não estiverem previstos no testamento (TARTUCE, 2014, p. 1341). Bem como nos casos que o testamento caducar ou for julgado nulo (nulidade absoluta). Conclui-se que a sucessão deve sempre em primeiro lugar levar em consideração a última vontade do *de cujus*, desde que o testador tenha discernimento (BRASIL, 2002). E caso isso não seja possível, pelas razões já expostas, a sucessão legítima será a vigente (TARTUCE, 2013). Para que fique claro o conceito de sucessão legítima, conforme entendimento do STJ:

“A sucessão legítima, quando ocorre por força de lei, torna os herdeiros, de pronto, donos da herança e dos direitos do *de cujus*, salvaguardado, porém, a possibilidade de renúncia, sendo certo que a morte, a abertura da sucessão e a transmissão da herança aos herdeiros ocorrem num só momento, por expressa previsão legal” (BRASIL, 2017).

O sistema sucessório brasileiro sofreu uma alteração do CC/1916 para o CC/2002, na qual foi introduzido o sistema de concorrência previsto no art. 1.829 do CC vigente entre o cônjuge e os descendentes/ascendentes (BRASIL, 2002). O cônjuge, atualmente, é considerado herdeiro necessário, assim como os descendentes e ascendentes (art. 1.845 do CC) (BRASIL, 2002).

Entretanto, o sistema de concorrência não ocorre sempre. Para sua incidência, deve-se observar o regime de bens adotado no casamento com o falecido, acontecendo nos seguintes casos: (i) Regime da separação convencional de bens; (ii) Regime da participação final nos aquestos; e (iii) Regime da comunhão parcial de bens, em havendo bens particulares do falecido. Em todos esses regimes, o cônjuge herda em concorrência (TARTUCE, 2014).

Devido ao sistema de concorrência estabelecido no CC/2002, surgiu o instituto da meação, que não pode ser confundido com a herança. A meação é o instituto que advém do Direito de Família e depende do regime de bens adotado entre o falecido(a) e o cônjuge/companheiro(a). Já a herança é o instituto do Direito das Sucessões, proveniente da extinção da personalidade jurídica do *de cujus* (TARTUCE, 2014). Dessa maneira, nos casos de inseminação *post mortem*, dependendo do regime de bens adotado entre cônjuge/companheira e o falecido, haverá a partilha da herança entre o filho e a cônjuge/companheira sobrevivente, devido ao sistema de concorrência previsto no CC/2002 (BRASIL, 2002).

Inicialmente, deve-se discutir quem são as pessoas legítimas que poderão suceder pelo sistema de concorrência em conjunto com o cônjuge/companheiro nos regimes de bens já definidos. As pessoas nascidas ou já concebidas (nascituros) são as legítimas para suceder de forma legítima o patrimônio do *de cujus*, conforme o art. 1.798 do CC. O direito de suceder legitimamente seus parentes ocorre independentemente de existir testamento que os beneficie, sendo uma garantia legal em relação a própria herança (TARTUCE, 2014). Assim sendo, existe uma lacuna na lei em relação aos embriões excedentários sobre se esses são ou não sucessores legítimos (BRASIL, 2002).

A vontade do testador só terá eficácia se o nascituro nascer vivo, logo, se o nascituro nascer morto a sucessão não terá validade, sendo ineficaz para todos os seus efeitos. O que será discutido no próximo capítulo é a questão específica do embrião excedentário, sendo que para este deverá existir o mesmo requisito do nascituro para a sucessão ser eficaz, que é nascer com vida (TARTUCE, 2013).

2.8 Dos Testamentos em geral e da capacidade de testar – Sucessão Testamentária

A sucessão testamentária decorre da própria vontade do *de cujus* que pode ser expressa através de três tipos de documentos formais (i) testamento; (ii) legado; e (iii) codicilo. Apesar disso, no Brasil, não existe o costume de dispor sua última vontade pelo testamento, por vários motivos. O país é emergente, logo, muitos brasileiros não possuem patrimônio. Outro motivo é o próprio medo das pessoas em relação a morte, tendo como consequência, o não planejamento sucessório. E o último argumento é que os cidadãos possuem a ideia “falsa” que a ordem de vocação hereditária no ordenamento jurídico brasileiro é eficaz e justa (TARTUCE, 2014).

Nas palavras de Pontes de Miranda, 1972, “testamento é o ato pelo qual a vontade de alguém se declara para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, criar, transmitir ou extinguir direitos” (TARTUCE, 2014). As pessoas leigas acham que a aptidão para realizar um testamento depende da existência de patrimônio líquido e certo, porém, isso não é verdade. Segundo §2º do art. 1.857 do CC: “são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado” (BRASIL, 2002). Em outras palavras, o testamento é um negócio jurídico unilateral, que para ser válido deverá observar certas formalidades previstas na lei (TARTUCE, 2014). E caso alguma formalidade seja descumprida ou alguma falha detectada, a sanção será a nulidade do testamento, conforme incs. IV e V, do art. 166 do CC (BRASIL, 2002).

As características do testamento estão previstas no CC. O testamento é ato personalíssimo, isto é, realizado exclusivamente pelo testador, e pode ser mudado a qualquer tempo (art. 1.858 do CC) (BRASIL, 2002). De acordo com o *caput* do art. 1.857: todo cidadão que possua capacidade jurídica poderá dispor, por testamento, de todos os seus bens, ou de parte deles, para o usufruto de outros, podendo ser herdeiros legítimos ou herdeiros testamentários, após a sua morte (BRASIL, 2002). Uma das qualidades mais importantes para a presente tese é que “a legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento”, conforme §1º desse dispositivo citado, levando em consideração o direito sucessório dos herdeiros necessários (BRASIL, 2002).

Assim sendo, em casos de inseminação artificial *post mortem*, na hipótese em que um novo filho seja concebido em laboratório (técnicas de RA) e nasça com vida, terá o direito à legítima, tendo em vista que é um herdeiro necessário, pois possui o direito à paternidade reconhecido. E por isso, não poderá ficar excluído da partilha da herança (BRASIL, 2002). Portanto, numa situação hipotética, em que o *de cujus* deixe uma herança para sua companheira/cônjuge no regime de bens em que essa não herde tudo, poderá ser chamando um ascendente ou mesmo colateral na sucessão hereditária para partilha. Dessa maneira, esse filho concebido posteriormente por RA ficará “excluído” da partilha, por ter nascido após a divisão hereditária. E isso não é plausível, uma vez que esse filho possui o direito à legítima (herdeiro necessário), tendo como consequência, a modificação da sucessão testamentária (BRASIL, 2002). E por esse motivo, é que deve ser criada uma legislação específica para abordar os direitos sucessórios dos concebidos por técnicas de RA em casos de filiação *post mortem*, assunto que será esclarecido no próximo capítulo. Tendo em vista as formalidades exigidas na elaboração do testamento, o prazo para impugnar sua validade expira em 5 (cinco) anos a partir da data do seu registro (BRASIL, 2002).

O legado é um bem certo e determinado que o testador deixa para outrem através de uma disposição específica sucessória. A sucessão do legatário acontece a título singular (TARTUCE, 2014, p. 1.433). Conforme leciona Sílvio de Salvo Venosa:

“O legado é uma deixa testamentária determinada dentro do acervo transmitido pelo autor da herança: um anel ou as joias da herança; um terreno ou um número determinado de lotes; as ações de companhias, ou as ações de determinada companhia.” (VENOSA, 2008, p. 257)

Diante do exposto, o legado concede uma liberdade para o testador dispor dos seus bens da maneira que achar melhor, tendo como consequência, o benefício da pessoa escolhida. Entretanto, o legado por vir com alguma condição ou encargo, e nesses casos, fica a critério do legatário em cumprir esses requisitos ou não para obter o legado. Caso essas “obrigações” causem um ônus pesado ao legatário, esse poderá renunciar o bem deixado pelo *de cujus* (VENOSA, 2007, p. 241).

O codicilo é uma disposição testamentária que abrange bens de pequeno valor, como, por exemplo, os livros que o *de cujus* deseja deixar para determinada pessoa (TARTUCE, 2014). Conforme entendimento de Flávio Tartuce e José Fernando

Simão: “trata-se de ato de última vontade simplificado, para o qual a lei não exige tanta solenidade em razão de ser o seu objeto considerado de menor importância para o falecido e para os herdeiros” (TARTUCE, 2014, p. 1424).

Conforme o CC, por meio do codicilo, qualquer pessoa que possui discernimento poderá testar mediante um instrumento particular “datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou joias, de pouco valor, de seu uso pessoal” (art. 1.881) (BRASIL, 2002). Apesar do codicilo exigir menos formalidades do que o testamento, “o codicilo depende de procedimento judicial para o respectivo cumprimento, o que se mostra inviável diante do objeto da declaração” (TJMG - Apelação Cível 1.0035.10.011075-4/001, Relator(a): Des.(a) João Cancio, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 01/10/2013, publicação da súmula em 03/10/2013).

Ressalta-se que é possível a concomitância entre um codicilo e testamento, porém, seus objetos devem ser divergentes (TARTUCE, 2014, p. 1424). Além disso, os objetos do codicilo são de pequeno valor em relação aos do testamento. E o que o ordenamento jurídico brasileiro considera como um bem de pequeno valor? Essa análise deverá ser feita em cada caso, conforme a soma dos bens do espólio. Trata-se de uma análise relativa, e não absoluta (TARTUCE, 2014, p. 1424). Nesse sentido, da jurisprudência paulistana mais remota:

“A doutrina define codicilo ou pequeno codex como o documento que traz em seu bojo disposições específica de última vontade, que se relacionam, na maioria das vezes, com o enterro, esmolas de pouca monta, assim como móveis, roupas ou joias, de pouco valor, de seu uso pessoal. **O critério avaliatório é subjetivo e leva em consideração ao status socioeconômico da codicilante**” (TJSP; Agravo de Instrumento 0161122-08.2012.8.26.0000; Relator (a): Percival Nogueira; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 10ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 18/10/2012; Data de Registro: 23/10/2012).

O CC, no art. 1.799, indica quem pode ser chamado a suceder através da sucessão testamentária: (i) os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas essas ao abrir-se a sucessão; (ii) as pessoas jurídicas; e (iii) as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação (BRASIL, 2002).

2.9 Princípio da coexistência e sua importância para a capacidade sucessória

Em regra, no direito sucessório brasileiro aplica-se o princípio da coexistência, o qual defende que somente os concebidos⁷ ou nascidos⁸ possuem capacidade para herdar no momento em que a sucessão é aberta, conforme art. 1798 do CC. Assim sendo, o requisito da coexistência é um pressuposto fático da capacidade sucessória (BRASIL, 2002).

Ressalta-se que para ocorrer o direito sucessório devem ser observados certos requisitos ou pressupostos, logo, depende de uma condição para ser concretizado. E isso ocorre para garantir uma “segurança jurídica” (possui uma falha no quesito sucessório), já que na sucessão ocorrerá a transferência de todo o patrimônio deixado pelo *de cujus*. Esses preceitos dividem-se em (i) negativos, (ii) jurídicos e (iii) fáticos.

Os requisitos negativos abrangem situações que ocasionem um processo declaratório de indignidade ou deserdação, por exemplo. Os requisitos jurídicos estão diretamente ligados ao vínculo do falecido com seu sucessor, independentemente de ser um laço legal ou testamentário. Já os requisitos fáticos estão relacionados a capacidade sucessória, isto é, para o sucessor receber a herança terá que coexistir e sobreviver ao morto. Sem esses três requisitos não há que se falar em direito sucessório, já que o ordenamento jurídico brasileiro veta uma sucessão ilegal (BRASIL, 2002).

Dessa maneira, para os casos de RA (em que o filho venha nascer após a morte do pai), ainda não está presente o requisito da coexistência, e por esse motivo não é possível a concessão de direitos sucessórios, conforme exigido pelo art. 1.798 do CC. Segundo o art. 1.798 do CC: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.” Entretanto, existe uma lacuna na lei em relação aos direitos sucessórios dos que nascem por inseminação artificial *post mortem*. Mas devido a duas exceções existentes ao princípio da coexistência, é possível a abertura de uma exceção para os concebidos por técnicas de RA. Essas exceções serão abordadas a seguir.

⁷ Gerado; criado por concepção; que foi fecundado: filho concebido.

⁸ Indivíduo que nasceu com vida e continua respirando até o momento que ocorre a abertura da sucessão.

2.9.1 Exceção ao princípio da coexistência (Nascituro e Prole Eventual)

Apesar do princípio da coexistência ser claro em relação a quem pode suceder (capacidade sucessória), existem duas exceções em relação a essa instituição: (a) prole eventual e (b) nascituro (BRASIL, 2002).

a) Prole Eventual (não concebidos)

A prole eventual⁹ ainda não possui os requisitos exigidos da coexistência, que é nascer com vida e já ter sido concebida, porém poderá ser herdeira testamentária (BRASIL, 2002). Como o próprio nome já diz, a prole eventual ocorrerá no futuro, é uma condição (evento futuro e incerto). Os não concebidos herdam a partir do nascimento (LEITE, 2004).

Mesmo o art. 1.798 do CC deixando claro que somente as pessoas nascidas ou já concebidas podem suceder, a prole eventual também poderá ser herdeira testamentária, se essa for a vontade do de cujus (BRASIL, 2002). Conforme o art. 1.799 e 1.800 do CC, mediante o testamento é possível conceder a prole eventual de pessoa viva no momento da abertura da sucessão, direito à herança, desde que concebido o eventual herdeiro no prazo de dois anos, salvo se na disposição testamentaria não houver sido fixado prazo diferente. Segundo o CC:

“Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

II - as pessoas jurídicas;

III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

§ 1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775.

§ 2º Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.

§ 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.

⁹ Pessoa(a) que podem vir a nascer, concebida por pessoas designadas pelo testador, sendo essas existentes no momento da sua morte (VENOSA, 2014, p. 216).

§ 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos” (BRASIL, 2002, Grifo nosso).

Com essa análise mais detalhada, chega-se à conclusão precipitada que o conteúdo desses dois artigos do CC são a solução da prole eventual, uma vez que o indivíduo que manifestava em vida seu desejo de procriação, e ciente da sua condição de esterilidade, por exemplo, poderia resguardar o direito sucessório de seu filho por meio de testamento (BRASIL, 2002). Entretanto, esses artigos não resolvem a problemática dessa exceção, que ainda possui uma lacuna na lei sobre os casos de inseminação *post mortem* decorrentes de inseminação artificial homóloga.

Além disso, foi estabelecido um prazo de 2 (dois) anos para a concepção desse “futuro” sucessor testamentário, com os requisitos já expostos no inc. I do art. 1.799 do CC (BRASIL, 2002). Isso ocorre pois não se pode esperar permanentemente o nascimento do sucessor, conforme §4º do art. 1800 do CC (BRASIL, 2002).

Nessa lógica, caso ocorra a concepção desse herdeiro, todos os bens guardados para esse ser-lhe-ão transferidos para os herdeiros legítimos (BRASIL, 2002). Na hipótese do herdeiro ser concebido, e caso essa nasça com vida (princípio da coexistência), todos os bens lhe serão transferidos como se fosse vivo no momento da sucessão (*droit de saisine*) (BRASIL, 2002). Para garantir a vontade testamentária do *de cujus*, todos os bens reservados a prole eventual ficarão sobre o cuidado de um curador escolhido pelo juiz, após a liquidação e partilha, seguindo o trâmite do Direito Sucessório (BRASIL, 2002). A prole eventual não pode ser considerada indigna e nem deserdada para ser sucessora testamentária, pois caso contrário, o *caput*¹⁰ do art. 1.802 estará sendo violado (BRASIL, 2002).

Os incisos III, IV e V do art. 1.597 reconhecem a filiação dos filhos concebidos por técnicas de RA. O embrião excedentário ainda não foi concebido quando da morte do seu pai, tendo em vista que ainda estava criopreservado, portanto não pode ser considerado nascituro (BRASIL, 2002). Nesse sentido, os embriões criopreservados são considerados prole eventual, conforme entendimento do CC, já que esse

¹⁰ Código Civil, Art. 1.802. São nulas as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa (BRASIL, 2002).

reconhece a filiação dos filhos concebidos por técnicas de RA, inclusive *post mortem*. Outra interpretação que pode ser retirada do CC é que o art. 1.798 do CC versa somente sobre os filhos nascidos ou já concebidos, portanto, afastou as hipóteses dos incisos III, IV e V do art. 1.597 do CC, tendo em vista que esses não foram nem concebidos e nem nascidos (BRASIL, 2002).

b) Nascituro

O nascituro é o ser já concebido quando da morte do *de cujus*, conforme exigido pelo princípio da coexistência (BRASIL, 2002). Entretanto, para o nascituro ter o direito sucessório terá que nascer com vida, ou seja, conclui-se a princípio que sua sucessão depende de uma condição (evento futuro e incerto) (BRASIL, 2002). Ressalta-se que o nascituro ainda não possui personalidade, pois ainda não nasceu com vida, sendo apenas concebido (BRASIL, 2002). E mesmo assim o direito sucessório permite que seja herdeiro testamentário (BRASIL, 2002).

Entretanto, a atribuição de herança ao nascituro não pode ser considerada como uma condição, apesar de ser um caso semelhante. Isso ocorre pois como se trata de um direito eventual do nascituro, caso esse nasça com vida, já será automaticamente herdeiro testamentário (BRASIL, 2002). Assim sendo, não há que se falar em condição para o direito sucessório do nascituro, pois caso essa nasça com vida, já terá seu direito à herança e não existirá nenhuma condição para tal acontecimento (VENOSA, 2014). Conforme decidido no Resp nº 1477498/SP-2011 (STJ): não existe direito adquirido à sucessão, pois essa ocorre pela morte, que é o momento que realiza-se a transferência do acervo hereditário aos respectivos titulares, e por essa razão é regulada pela lei vigente à data da abertura (art. 1.577 do Código Civil de 1916 e art. 1.787 do Código Civil de 2002) (BRASIL, 2011).

Ressalta ainda Venosa (2014, p. 216):

“Se, porém, o concebido nasce morto, não existiu herdeiro, porque o natimorto não foi pessoa (art. 4º). Pelo princípio de *saisine*, como o nascituro nunca foi herdeiro, a herança passa diretamente do morto para os herdeiros legítimos, ou para quem o testador tenha substituído ao nascituro (caso tivesse previsto a hipótese) (Miranda, 1973, v. 58:14). Quando o nascituro nasce com vida, seu direito sucessório também se realiza no momento da abertura da sucessão”.

Nesse sentido, essa exceção ao princípio da coexistência baseia-se na teoria concepcionista, pois garante direitos sucessórios para quem não nasceu ainda. O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria natalista, na qual, o início da personalidade civil começa somente com o nascimento com vida (BRASIL, 2002). Logo, se para o nascituro foi aberta uma exceção a questão sucessória, porque o embrião excedentário fica excluído do direito sucessório em casos de inseminação artificial homóloga *post mortem*?

Cita-se o entendimento de Maria Helena Diniz sobre o direito do nascituro:

“O nascituro poderá receber bens por doação (CC, art. 542) ou por herança (CC, art. 1.798), mas o direito de propriedade somente incorporará em seu patrimônio se nascer com vida, mesmo que faleça logo em seguida, hipótese em que os bens, recebidos por liberalidade, transmitir-se-ão aos seus sucessores. Se nascer morto, caduca estará a doação ou a sucessão legítima ou, ainda, a testamentária. Enquanto estiver na vida intrauterina seus pais ou o curador ao ventre serão meros guardiães ou depositários desses bens doados ou herdados, bem como de seus frutos e produtos” (DINIZ, 2010, p. 132).

Dessa maneira, o concebido é uma outra exceção ao princípio da coexistência, justamente por não ter um dos requisitos exigidos ainda, que é nascer com vida. E mesmo assim, o legislador permitiu o direito desse de receber uma herança futura, conforme §3º do art. 1.800 do CC: “nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador” (BRASIL, 2002).

c) Embrião Excedentário decorrente da inseminação artificial homóloga: nascituro ou prole eventual?

Devido a essa lacuna na lei sobre as técnicas de RA, discute-se atualmente é se o embrião excedentário pode ser considerado nascituro ou prole eventual. Nas palavras da Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

“O problema não mais se refere aos nascituros que se encontravam implantados no útero materno, senão aos embriões, congelados em laboratório. Assiste-lhes a condição de nascituros? Ou, ao contrário, são considerados prole eventual já que não se sabe se serão efetivamente alojados em útero apto a gestá-los?” (CAHALI; HIRONAK, 2003 apud TARTUCE, 2013, p. 24).

Os três incisos do art. 1.597 abordam a temática dos filhos concebidos por técnicas de RA. Com a leitura desses incisos, chega-se à conclusão que todos abrangem a prole eventual (BRASIL, 2002). Nesse sentido, o art. 1.798 do CC versa somente sobre os filhos nascidos ou já concebidos, afastando as hipóteses do art. 1.597 do CC (BRASIL, 2002). A partir desse entendimento, os filhos decorrentes das técnicas de RA estariam excluídos do direito sucessório, mas porque o ordenamento jurídico os excluiu?

Existem autores que defendem os direitos sucessórios do embrião excedentários e outros que não defendem. Conforme entendimento contrário a essa defesa, cita-se o entendimento de Luís Roberto Barroso (2006, p.):

“O embrião resultante da fertilização in vitro, conservado em laboratório: a) não é uma pessoa, haja vista não ter nascido; b) não é tampouco um nascituro, em razão de não haver sido transferido para o útero materno. As normas e categorias tradicionais do direito civil não se aplicam à fecundação extra corporal. Vale dizer: até o advento da Lei nº 11.105/2005, não havia qualquer disciplina jurídica específica para esta entidade: embrião produzido em laboratório, mediante processo de reprodução assistida. Foi precisamente a lei aqui impugnada (Lei de Biossegurança) que instituiu normas limitadoras das pesquisas genéticas e protetivas do embrião”.

No entendimento de Eduardo de Oliveira Leite, (2004, p. 71), que defende os direitos sucessórios dos embriões excedentários:

De imediato assalta-nos o questionamento crucial: estariam os filhos, concebidos através de procriações artificiais, fora do rol dos legitimamente habilitados para receber a reserva?
Certamente não. Uma exegese conciliadora se impõe para contornar o impasse garantindo a legítima daqueles filhos oriundos das procriações artificiais. E, certamente, esta exegese exigirá releitura do art. 1.798 que passaria a ter a seguinte redação: “Art. 1.798. Legitima-se a suceder as pessoas nascidas, ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, ou as que nascerem por concepção artificial, até dois anos após a abertura da sucessão”.

Conforme exposto, existe uma omissão legislativa acerca do tema. Nesse sentido, Maria Helena Diniz, defende a necessidade da inserção do termo embrião no artigo 2º do CC, para que o ordenamento jurídico consiga promover proteção não somente ao nascituro, constituído após a concepção, mas também ao embrião ainda não implantado no útero da mãe.

3 REFLEXOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO DIREITO SUCESSÓRIO

O direito sucessório dos filhos concebidos por RA ainda é um tema polêmico e que precisa de muita discussão no ordenamento jurídico, pois existe uma lacuna na lei sobre este assunto.

Dessa maneira, através de dois estatutos importantes para entender a situação jurídica dos embriões excedentários, quais sejam, a presunção e filiação e o art. 1.795 e o princípio da coexistência e o art. 1.798 do CC restará evidente a lacuna na lei sobre esse assunto e a sua complexidade para o ordenamento jurídico vigente.

Com isso, será exposto possíveis soluções para resolver essa problemática atual, pois, caso contrário, ocorrerá uma “ineficiência” do sistema jurídico brasileiro frente a esse assunto, uma vez que já existem métodos de combater essa ambiguidade do direito sucessório brasileiro em casos de RA *post mortem*.

3.1 Presunção de filiação e o art. 1.795 do CC/2002

O estudo da presunção de filiação é fundamental para o direito sucessório, principalmente nos casos de inseminação *post mortem*. Segundo Maria Darlene Braga Araújo: “O estudo do estabelecimento da filiação revela-se uma prodigiosa fonte para haurir a essência do sistema legislado, uma vez que as regras que compõe o Direito de filiação demonstram a própria concepção de família embutida no texto legal” (ARAÚJO, 1996, p. 53).

A filiação é o vínculo afetivo entre pais e filhos, independentemente desses terem sido gerados de forma biológica ou adotados. Desse relacionamento decorre uma relação jurídica entre pais e filhos (BRASIL, 2002). Conforme entendimento de Maria Helena Diniz: “a relação de filiação pode ser consanguínea, socioafetiva ou, também, proveniente de inseminação artificial” (DINIZ, 2005).

Dessa relação jurídica da filiação podem surgir três efeitos jurídicos distintos, entre eles: (i) filiação biológica; (ii) filiação socioafetiva; e (iii) filiação jurídica.

(i) Filiação biológica: é a relação identificada pela consanguinidade, ou seja, pelo DNA, entre uma pessoa e seu descendente em linha reta do primeiro grau (FUJITA, 2011). É através dessa violação que os filhos possuem o conhecimento de sua origem, sendo esse um direito fundamental, consubstanciado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988). A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp nº 1632750/SP, entendeu que:

“Os direitos à filiação, à identidade genética e à busca pela ancestralidade integram uma parcela significativa dos direitos da personalidade e são elementos indissociáveis do conceito de dignidade da pessoa humana, impondo ao Estado o dever de tutelá-los e de salvaguardá-los de forma integral e especial, a fim de que todos, indistintamente, possuam o direito de ter esclarecida a sua verdade biológica” (BRASIL, 2017).

A reprodução humana natural, ou seja, realizada pelo coito e a gravidez através das técnicas de RA, mais especificamente a inseminação artificial homóloga (sêmen do marido ou do companheiro), são exemplos de filiação biológica (FUJITA, 2011).

(ii) Filiação socioafetiva: é a relação identificada pela livre espontânea vontade de um casal adotar uma criança, tendo como consequência, a criação de um vínculo afetivo entre pais e filhos (FUJITA, 2011). Essa filiação é reconhecida pelo “tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição” (REsp 1500999/RJ). Conforme Rolf Madaleno, 2016: “a filiação é reconhecida pelo zelo, pelo amor aos filhos e pelo livre desejo de convívio entre pais e filhos”.

(iii) Filiação jurídica: é a relação prevista no ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o art. 1.597 do CC (BRASIL, 2002).

Com a CF de 1988, o instituto da filiação sofreu diversas alterações. A mais relevante foi que a conduta dos pais não interfere mais na filiação, isto é, o princípio da igualdade entre os filhos veda qualquer tipo de discriminação ou sanção em relação aos filhos havidos dentro ou fora do casamento, adotados ou concebidos por técnicas de RA, que é a tese discutida no presente trabalho (FARIAS, 2015). Segundo entendimento jurisprudencial do STJ:

[...] **“As discriminações existentes entre os filhos foram definitivamente extintas com o advento da Constituição Federal de 1988.** No entanto, os direitos sucessórios dos filhos extraconjugais já eram assegurados pela Lei nº 883/49 (com a redação dada pelo artigo 51 da Lei 6.515/77), que estabeleceu o direito à investigação de paternidade e à participação em grau de igualdade na herança, qualquer que seja a natureza da filiação” [...] (BRASIL, 2017, Grifo nosso).

Além disso, a filiação é responsável pela participação igualitária na herança dos casos de inseminação artificial homóloga *post mortem*, não podendo receber tratamento diferenciado entre os outros filhos já existentes, caso esses existam, e não podem ter o direito à investigação de paternidade negado em hipótese alguma. Esse é o entendimento majoritário do STJ: “[...] o direito à investigação de paternidade e à participação em grau de igualdade na herança, **qualquer que seja a natureza da filiação [...]**” (BRASIL, 2017, Grifo nosso).

É importante ressaltar que como se reconhece a relação de filiação ao concepturo não há nenhuma justificativa plausível para que se afaste o direito à legítima dos filhos resultantes da inseminação homóloga *post mortem* (ALMEIDA, 2003).

Diante do exposto, independentemente da natureza da filiação, o direito à investigação de paternidade não poderá ser negado em hipótese alguma, inclusive nos casos de inseminação artificial *post mortem* com o material genético do *de cujus* (Resp nº 1279624/PR). Nessa lógica, se o direito à paternidade e filiação forem confirmados em determinado caso de inseminação artificial homóloga, não há que se falar da exclusão da herança desse filho (DINIZ, 2005).

3.1.2 Princípio da igualdade entre os filhos

Na contemporaneidade, o instituto da filiação é regido pelo princípio da igualdade entre os filhos, previsto no §6º do art. 227 da CF: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação” (BRASIL, 1988).

Esse princípio está presente em outras legislações infraconstitucionais, no art. 20¹¹ do Estatuto da Criança e do Adolescente e no art. 1.596¹² do CC, que defendem um tratamento igualitário entre os filhos, não importando a forma de como a família tradicional, monoparental ou mesmo decorrente da união estável obteve aquele filho(a).

No CC de 1916, somente os filhos legítimos eram reconhecidos, ou seja, somente esses possuíam direito à filiação. Conforme previa o art. 337: “São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou nulo, se contraiu de boa fé” (BRASIL, 1916). Atualmente, essa ideia de filho legítimo viola diretamente a Carta Magna, devido ao princípio da igualdade entre os filhos (BRASIL, 1988). Assim sendo, a distinção entre filho legítimo e ilegítimo não é mais permitida no ordenamento jurídico brasileiro, pois isso violava o princípio da dignidade humana (FARIAS, 2015).

Nesse sentido, percebe-se que não há, portanto, nenhuma diferença entre o filho concebido pelo coito e o filho concebido em laboratório por alguma técnica de RA, conforme o princípio da igualdade entre os filhos (BRASIL, 1988). Realizando uma equiparação entre filho extraconjugal e filho concebido por técnica de RA, cita-se jurisprudência do STJ para comprovar que entre nenhum tipo de filho existe diferença, sendo todos iguais perante a lei:

“As discriminações existentes entre os filhos foram definitivamente extintas com o advento da Constituição Federal de 1988. No entanto, os direitos sucessórios dos filhos extraconjugais já eram assegurados pela Lei nº 883/49 (com a redação dada pelo artigo 51 da Lei 6.515/77), que estabeleceu o direito à investigação de paternidade e à participação em grau de igualdade na herança, qualquer que seja a natureza da filiação”. (BRASIL, 2017, Grifo Nosso).

Diante do exposto, todo filho é igual perante a lei, não importando se foi concebido pelo método natural, por RA ou se é adotado. Com esse entendimento, será abordado a capacidade sucessória e o art. 1.798 do CC, pois o filho concebido

¹¹ Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

¹² Código Civil, art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

por inseminação artificial homóloga *post mortem* não pode ser excluído dos seus respectivos direitos, sendo a herança um deles.

3.2 A capacidade sucessória e o art. 1.798 do CC

Conforme já mencionado, a capacidade sucessória exige três requisitos formais, sendo as condições fáticas fundamentais para a aplicação do art. 1.798 do CC. E levando em consideração o conteúdo do art. 1.799 e 1.800 do CC não se chega a uma solução plausível para a questão da prole eventual para os casos envolvendo técnicas de RA após a morte do cônjuge/companheiro.

Em relação a prole eventual, é possível que o testamento seja feito por via reflexa: “[...] basta que indique a doadora do óvulo.” Entretanto, o testamento de forma reflexa não é eficaz para o ordenamento jurídico brasileiro, pois realizar testamento não é um ato habitual dos cidadãos brasileiros.

Dessa maneira, a aplicação do princípio da coexistência, anteriormente mencionado, nega a concessão de direitos sucessórios ao inseminado *post mortem*, o que é um argumento precipitado por dois motivos: (i) a prole eventual é uma exceção, conforme o CC de 2002 (ii) nascituro é uma exceção, segundo o CC de 2002 (BRASIL, 2002). Por esse pretexto, o embrião excedentário também deve ser tratado como uma exceção, mesmo que exista uma lacuna na lei nesse sentido, uma vez que os meios legais vigentes não são capazes de solucionar o tema.

O art. 1.798 do CC não prevê a capacidade sucessória do inseminado *post mortem* (BRASIL, 2002). Esse entendimento ocorre por uma omissão legislativa, e por esse motivo não é plausível e eficaz sua aplicação no caso concreto, uma vez que quando existe uma lacuna na lei, não se pode utilizar qualquer artigo simplesmente por não ter nenhuma legislação aplicável.

O ordenamento jurídico existe para auxiliar os juristas e todos os aplicadores do Direito, porém, a sociedade passa por uma contínua transformação, e para vários casos problemáticos não há nenhuma lei vigente. E não é por esse motivo que devemos aplicar qualquer proibição expressa se utilizando apenas da legislação vigente. O vácuo legislativo não é uma justificativa para uma solução injusta e ineficaz da situação problemática, mesmo porque a lide não será resolvida (BRASIL, 2002).

E a omissão não pode ser resolvida por um artigo que não se aplica ao caso concreto. Ressalta-se a necessidade de uma legislação própria para o assunto. Segundo Maria Helena Diniz:

“Tema delicadíssimo e de grande atualidade, pelas implicações valorativas e éticas que engendra, pois as novas técnicas conceptivas, de um lado, “solucionam” a esterilidade do casal, que terá seu filho, com a interferência de ambos, de um só lado deles ou de nenhum deles, mas, por outro lado, acarretam graves problemas jurídicos, éticos, sociais, religiosos, psicológicos, médicos e bioéticos. Por isso, urge regulamentar a fecundação humana assistida, minuciosamente, restringindo-a na medida do possível porque gerar um filho não é uma questão de laboratório, mas obra do ser humano” (DINIZ, 2010, p. 572).

Assim sendo, a falta de uma legislação específica regulamentando a RA é prejudicial para o ordenamento jurídico brasileiro, pois não respeita o princípio da segurança jurídica previsto na CF de 1988.

3.3 Princípio da segurança jurídica e sua influência no Direito Sucessório

O princípio da segurança jurídica exerce influência nos casos de investigação de paternidade *post mortem*, especialmente no procedimento sucessório em geral, pois caso nasça um filho após a morte do *de cujus*, toda a partilha hereditária poderá ser alterada nos termos do inc. I do art. 1.839 do CC, pois a sucessão legítima ocorre na seguinte ordem:

“Aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;” (BRASIL, 2002).

E a inseminação *post mortem* resulta no filho do *de cujus*, que é seu descendente, e um herdeiro necessário, conforme previsto na legislação vigente (BRASIL, 2002). Um exemplo que descreve bem a perspectiva de segurança jurídica relativa nos procedimentos sucessórios é explicado por Carlos Cavalcante:

“A título de exemplo observe-se que, se o falecido não tinha filhos, deixando somente cônjuge sobrevivente e ascendente de primeiro grau, pais e mães vivos, a herança seria partida em três quotas iguais, nos termos dos artigos 1.836 e 1.837, do Código Civil, no entanto, havendo ação de investigação de paternidade *post mortem*, julgada procedente, restariam excluídos da sucessão os ascendentes, enquanto o cônjuge, a depender do regime de bens (cf. art. 1.829, I, do CC), poderia ou não concorrer com o descendente reconhecido judicialmente” (ALBUQUERQUE FILHO, Carlos, 2010).

E por esse motivo, o princípio da segurança jurídica não pode ser totalmente eficaz e confiável no direito sucessório, já que existe a possibilidade de haver filhos post mortem do *de cujus*, o que mudará toda a partilha dos bens. E sempre que isso ocorrer, a decisão já transitada em julgada em relação a partilha hereditária deverá ser revogada, conforme o código civil vigente, justamente para garantir uma segurança jurídica. Nessa situação, caso o filho nascido após a morte do falecido não tenha o seu direito à herança garantido, estará ocorrendo uma violação da Carta Magna e do CC.

Como o processo de inventário pode ser feito, não há nenhuma lógica em negar o direito do embrião excedentário a partilhar da herança do pai. Caso esse embrião excedentário nasça, é o seu direito por lei usufruir do patrimônio deixado pelo seu pai, pois caso negativo, estaria ocorrendo uma violação contraditória ao princípio da razoabilidade, segurança jurídica, e da própria Carta Magna vigente (BRASIL, 1988).

Assim sendo, o embrião excedentário que nascer após a morte do *de cujus* deverá entrar com uma ação de paternidade cumulada com ação de petição de herança para assegurar o seu direito hereditário, sendo esse o entendimento da jurisprudência, conforme ementas abaixo do STJ:

[...] O herdeiro que não participou do processo de inventário não sofre os efeitos da coisa julgada, referente à sentença que homologou a partilha amigável” [...] (BRASIL, 2013, Grifo nosso).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. PRÉVIA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE PENDENTE DE JULGAMENTO. INVENTÁRIO CONCLUÍDO. REGRA ESPECIAL DE COMPETÊNCIA (CPC, ART. 96).

VIS ATTRACTIVA. NÃO INCIDÊNCIA. EFEITOS DA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DA PARTILHA. COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA EM RELAÇÃO A HERDEIRO QUE NÃO PARTICIPOU DO PROCESSO. CONEXÃO POR PREJUDICIALIDADE EXTERNA ENTRE AS AÇÕES DE PETIÇÃO DE HERANÇA E DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REUNIÃO DOS FEITOS.

1. Tem-se conflito negativo de competência em ação de petição de herança, tendo em vista a existência, em juízos diversos, de anterior ação de investigação de paternidade, pendente de julgamento, e de inventário, já concluído, com homologação de partilha.

2. A regra do art. 96 do CPC determina que: "o foro do domicílio do autor de herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro." 3. Essa regra especial de fixação de competência, entretanto, não incide quando já encerrado o inventário, com trânsito em julgado da sentença homologatória da partilha. Precedente (CC 51.061/GO, Rel. Ministro MENEZES DIREITO).

4. A sentença homologatória da partilha não faz coisa julgada em relação a herdeiro que não participou do processo de inventário. Precedente (REsp 16.137/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA).

5. O fundamento deduzido na ação de petição de herança não diz respeito a um vício propriamente dito verificado no bojo do inventário já encerrado, o qual observou o procedimento legal pertinente, dentro das condições de fato então existentes. O fundamento a respaldar a ação de petição de herança - existência de um novo herdeiro até então desconhecido - é externo, alheio a qualquer circunstância levada em consideração no julgamento do processo de inventário e partilha, pois decorrerá da eventual procedência da investigação de paternidade.

6. Sendo assim, não se está diante das clássicas hipóteses de desconstituição de coisa julgada previstas nos arts. 485 e 486, ou mesmo 1.029 e 1.030, todos do CPC, porquanto, como já mencionado, não há vício a ser sanado no processo de inventário. A eventual nulidade da partilha, neste caso, advirá de mudança qualitativa posterior verificada na situação de fato antes considerada no julgamento do inventário, em decorrência do resultado de procedência da ação de investigação de paternidade a viabilizar a pretensão deduzida na ação de petição de herança. Essas causas externas afetarão a partilha antes realizada, mas não por vício intrínseco desta.

7. Então, data venia, os fundamentos invocados pelo d. Juízo perante o qual tramita a ação investigatória para declinar da competência não merecem prosperar, pois há relação de dependência lógica entre a ação de investigação de paternidade e a de petição de herança, uma vez que a viabilidade desta depende da comprovação, naquela, da qualidade de herdeira da autora.

8. Em situações desse jaez, na qual é reconhecida a conexão por prejudicialidade externa (a solução que se der a uma demanda direciona o resultado da outra - CPC, art. 265, IV, a e c), é recomendável a reunião dos feitos para trâmite conjunto, motivo pelo qual a ação de petição de herança deve tramitar no juízo em que tramita a ação de investigação de paternidade anteriormente proposta, não sendo a existência de regra de organização judiciária estadual óbice à prevalência das regras processuais invocadas.

9. Eventual acolhimento do pedido formulado na ação de petição de herança ensejará uma nova partilha de bens, a ser executada mediante simples petição, sem necessidade de propositura de ação anulatória.

10. Conflito conhecido para declarar competente o d. Juízo de Direito da 1ª Vara de Família e Registros Públicos de Cascavel/PR" (BRASIL, 2013, Grifo nosso).

Além desse entendimento majoritário do STJ, o próprio CC regula essa matéria em seu art. 1.824: "O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua" (BRASIL, 2002). Destaca-se que é um direito do herdeiro, mesmo sendo *post mortem*, de postular o que é seu por direito, no caso a herança.

Conclui-se que o princípio da segurança jurídica não possui uma razoabilidade concreta para ser aplicado nos casos de inseminação post mortem, uma vez que qualquer procedimento sucessório pode vir a ter uma insegurança da coisa julgada,

pelo fato de poder existir um herdeiro até então desconhecido. Assim sendo, é uma questão que abrange vários fatores, e por isso é delicada. E por esse motivo, o jurista deve ser muito cauteloso na hora de dar uma sentença envolvendo matéria sucessória, para que se evite uma futura lide desnecessária ou mesmo injusta (BRASIL, 1988).

Desse modo, não há que se falar de violação do princípio da segurança jurídica em casos de inseminação *post mortem*, pois para esse ato ocorrer legalmente é necessário o consentimento de ambos, do pai e da mãe (Res. CFM nº 2.168/17). O material genético criopreservado não pode ser utilizado como uma herança pela viúva, já que seu companheiro/cônjuge precisa ter deixado seu consentimento expresso que autorizaria a utilização de seu sêmen caso viesse a falecer (Enunciado nº 106 aprovado na I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal).

3.4 A situação jurídica dos embriões que ainda não foram concebidos

Segundo o CC de 2002, existe uma lacuna na lei sobre o direito sucessório dos embriões que ainda não foram concebidos (BRASIL, 2002). O CC reconhece apenas a filiação dos filhos “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido” e “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga” conforme inc. III e IV do art. 1.597, respectivamente (BRASIL, 2002). Assim sendo, não há sentido em reconhecer a filiação dos embriões excedentários resultantes de inseminação *post mortem* e negar-lhes o direito sucessório.

Nesse sentido, ressalta-se o entendimento da professora Maria Helena Diniz (2002, p. 180):

“Embora a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável, com a gravidez, que se dá com a nidação, entendemos que o início legal da personalidade jurídica é o momento da penetração do espermatozoide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, pois os direitos da personalidade, como o direito à vida, à integridade física e à saúde, independem do nascimento com vida”

Conforme o inc. I do art. 1.799 do CC, na sucessão testamentária podem ser chamados a suceder “os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”. Esse inciso está correlacionado às inseminações artificiais e fertilização assistida em geral,

decorrentes na maioria das vezes em casos *post mortem*. Logo, se não houver nenhuma previsão testamentária para esses filhos, eles não serão herdeiros, e os embriões excedentários estão inseridos nesse quadro (BRASIL, 2002).

3.5 Correntes doutrinárias acerca dos direitos sucessórios dos embriões excedentários

Existem doutrinas que defendem o direito sucessório dos embriões excedentários, porém, também existem doutrinas que possuem um entendimento contrário, negando-lhes o direito sucessório. Ambos entendimentos serão abordados a seguir.

3.5.1 Favoráveis

Para Dias (2011) existe o direito sucessório do embrião excedentário, porém, a principal dúvida é identificar se esses embriões resultantes de RA são nascituros ou prole eventual. Segundo entendimento da autora, se os embriões congelados em laboratório forem considerados nascituros, não restará dúvida que possuem o direito sucessório, pois serão herdeiros necessários, sendo irrelevante o momento em que foi realizada a implantação no útero da mãe. Assim sendo, com o nascimento com vida teriam seu respectivo “quinhão hereditário e aos seus frutos desde a abertura da sucessão” (DIAS, 2011, p. 340).

Diante da outra situação, se os embriões excedentários forem considerados prole eventual poderão ser unicamente herdeiros testamentários, conforme inc. I do art. 1.799 do CC/2002 (BRASIL, 2002). Apesar disso, ficariam excluídos do direito sucessório do pai que não conheceram, mas que se reconhece a paternidade biológica (DIAS, 2011). Esse é o posicionamento de Débora Gozzo: “o emprego da analogia para assegurar o direito sucessório resultante das técnicas de reprodução assistida, da mesma maneira que se admite a nomeação de filho eventual” (GOZZO; VENOSA apud DIAS, 2011, p. 340).

O entendimento majoritário da doutrina é o reconhecimento da “ruptura do testamento na hipótese de ocorrer a implantação e o posterior nascimento” (HIRONAKA in CAHALI; HIRONAKA apud DIAS, 2011, p. 341). Entretanto, Dias (2011) não concorda com esse entendimento, seja na RA homóloga ou heteróloga,

em que há autorização expressa para utilização de material genético de terceiros, conforme incs. III, IV e V do art. 1.597 do CC/2002.

Fernando Simas Filho também defende o direito sucessório dos embriões excedentários em casos de inseminação post mortem. Cita-se:

O fato de estar e poder permanecer por longo tempo congelado, não tira desse “Ser Vivo” a sua condição de pessoa e de nascituro. O congelamento simplesmente suspende o seu desenvolvimento normal...! Um dia, ele será descongelado e implantado no útero de alguma mulher, desenvolvendo-se normalmente até o nascimento. Assim, em nosso entender, o embrião congelado é um “nascituro condicional”, e, ipso facto, uma pessoa condicional (SIMAS FILHO, 1999, p. 60).

Diante do exposto, o advogado defende que o nascituro é uma pessoa condicional, pois sua aquisição de personalidade jurídica depende do seu nascimento com vida, já o embrião congelado é o “condicional do condicional” pois depende da sua implementação no útero materno e do nascimento com vida para ser sujeito de direito (SIMAS FILHO, 1999).

3.5.2 *Contrárias*

Por se tratar de um assunto polêmico e que envolve a bioética, muitos autores não defendem o direito sucessório dos embriões excedentários e são contrários a própria RA, por alegarem que essas técnicas trazem vários problemas de difícil resolução para a sociedade moderna.

Para Maria Helena Diniz, enquanto não existir uma regulamentação legal que consiga discutir todos os casos problemáticos envolvendo a RA, deverá ocorrer um pedido de ajuda, tanto para os médicos quanto ao legislador, para uma reflexão responsável sobre as técnicas de RA. Para essa autora, muitas pessoas não possuem maturidade suficiente para respeitar a RA de maneira ética e bioética (DINIZ, 2002). Conforme suas próprias palavras:

“Quanto à criação de vida humana em laboratório, é preciso muita cautela, por estar em jogo a dignidade do homem; por haver coisificação do ser humano; por atingir o embrião psicologicamente, deixando marcas indelévels, trazendo traumas, reações de ordem psíquica e por possibilitar a degeneração da espécie humana, ante a possibilidade, no futuro, de relações incestuosas com o doador do material genético ou com sua prole etc.” (DINIZ, 2002, p. 523).

Nesse sentido, enquanto não existir uma legislação apropriada que resolva todos os possíveis problemas decorrentes da RA, a jurista defende o investimento de projetos alternativos, em favor dos “bebês de sarjeta”, que são as crianças abandonadas em instituições de abrigo, ou seja, não possuem família. Dessa maneira, a autora é contra o investimento nos projetos de “bebê de proveta”, pois para essa, é mais importante salvar uma criança sem uma entidade familiar do que um casal sem filho (DINIZ, 2002).

Em relação a esse projeto alternativo, Maria Helena Diniz concorda com o entendimento do médico Genival V. França: “O sentimento que criou a adoção, muitas vezes, é maior do que qualquer resultado de laboratório, por mais espetacular que ele apareça” (DINIZ, 2002, p. 522).

Por esse motivo, é necessário que o Legislativo proceda com competência, discernimento e bom-senso para editar normas regulamentadoras de técnicas conceptivas, pois dessa maneira, excluirá “tudo o que for contrário à natureza das coisas e dos homens, aos valores sociais e aos da personalidade” (DINIZ, 2002, p. 524).

A autora ressalta a necessidade de cautela ao legislar sobre RA, pois caso seja feita uma legislação “precária”, a sociedade cairá numa armadilha maior do que se possa imaginar, tendo como consequência, vários infortúnios: (i) incesto; (ii) eugenia; (iii) coisificação do ser humano; (iv) a desproporcional quantidade de embriões descartados em relação ao número de gestações bem-sucedidas etc.

Orlando Gomes também contrário a inseminação *post mortem* dos embriões excedentários, conforme suas próprias palavras: “Sério problema ocorrerá com a possibilidade de inseminação *post mortem* dos embriões excedentários” (GOMES, 2012, p. 30). Segundo Gomes (2012, p. 30):

“Em vida do autor da herança, o embrião só poderá ser inseminado com autorização do próprio. Porém, após seu óbito, a autorização dada em vida perderá seu valor. Essa autorização só poderá se efetivar através do testamento, o ato válido para disposições *post mortem*, quer se trate de patrimoniais ou não”.

Para o autor, o direito sucessório dos embriões excedentários decorrentes de inseminação *post mortem* ocorrerá somente com a aprovação de uma lei

complementar regulamentando a matéria, caso contrário, o direito sucessório não será reconhecido (GOMES, 2012).

3.6 Defesa à sucessão dos embriões não-concebidos

Pelos motivos que serão abordados a seguir, não restam dúvidas que o embrião excedentário decorrente de *post mortem* possui direito sucessório. Além disso, na Câmara dos Deputados já tramitam Projetos de lei (PL) que reconhecem esse direito.

(i) Reconhecimento da Filiação

Conforme já explicado anteriormente, ao filho de inseminação artificial homóloga *post mortem* é reconhecido o direito à filiação, conforme incs. III e IV do art. 1.597 do CC (BRASIL, 2002). Assim sendo, todo filho nascido de técnica de RA após a morte do pai, terá o direito da paternidade reconhecido (BRASIL, 2002).

Seria muito contraditório do legislador brasileiro reconhecer o direito à filiação desses filhos e os excluírem do direito sucessório, sendo esses herdeiros necessários, ou seja legítimos (BRASIL, 2002). Além disso, agindo dessa maneira, o ordenamento jurídico brasileiro viola o princípio da igualdade entre filhos, o que infringe diretamente o Texto Maior (BRASIL, 1988). De acordo com Maria Berenice Dias:

Nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido *post mortem*. Deve ser dada ao dispositivo legal interpretação constitucional, pois o filho nascido de concepção póstuma ocupa a classe dos herdeiros necessários. A normatização abrange não apenas as pessoas vivas e concebidas no momento da abertura da sucessão, mas também os filhos concebidos por técnica de reprodução humana assistida post mortem (DIAS, 2013, p. 125, Grifo nosso).

Assim sendo, o legislador brasileiro deve ter uma interpretação adequada do tema, tendo em vista a lacuna da lei sobre a presente tese discutida. É necessária a regulamentação das técnicas de RA de acordo com os princípios da Constituição Federal vigente, pois caso contrário, o Texto Maior do país estaria sendo violado constantemente. A lei existe para ser cumprida principalmente nos casos que abordar um dos direitos fundamentais, que é o da herança (BRASIL, 1988).

Portanto, não existe uma lei específica que trate dos direitos sucessórios do concebido *post mortem*. Ao se fazer uma análise de casos concretos, é necessário

um amparo dos princípios constitucionais para que se tenha uma interpretação justa e possa ser assegurado os direitos da criança, conforme expresso na CF e no ECA (BRASIL, 1988; 1990).

Diante do exposto, não há que se falar em negação ao direito à filiação nos casos de inseminação *post mortem*, pois é um direito fundamental da criança concebida por inseminação artificial após a morte do seu pai (BRASIL, 1988).

(ii) O filho concebido *post mortem* e sua legitimidade para ser herdeiro legítimo

O art. 1.798 não levou em consideração os “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”, ou seja, mesmo se reconhecida a filiação dos concebidos por técnicas de RA, o princípio da coexistência deixou uma lacuna na lei sobre o direito sucessório desses (BRASIL, 2002).

Por meio dos princípios constitucionais já expostos no presente trabalho, entre eles, segurança jurídica, dignidade humana e planejamento familiar, não faz sentido o legislador tirar um “direito” do concebido em laboratório, pois não existe mais diferença entre filhos, seja eles concebidos por meios naturais ou técnicas de RA (BRASIL, 1988). Além disso, a partir do momento em que o falecido depositou seu material genético é porque manifestava vontade de ter um filho. E devido a tecnologia, esse material genético depositado em banco de sêmen poderia ser implantado posteriormente (DIAS, 2011). Nesse sentido, Maria Berenice Dias expressa seu entendimento que nada justifica a exclusão do filho concebido *post mortem* da herança:

A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. **Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários. [...]. Quando foi autorizada a fertilização *post mortem*, independe a data em que ocorra o nascimento; o filho tem assegurado direito sucessório.** Havendo autorização, sem expressa manifestação sobre a possibilidade de fertilização após a morte, nem por isso é possível excluir o direito de quem nascer por expresso consentimento daquele que o desejava como filho. O fato de o genitor ter morrido não pode excluir vínculo de filiação que foi aceito em vida (DIAS, 2011, p. 123-124, Grifo nosso).

Nessa perspectiva, nenhum parente, seja ele descendente, ascendente ou colateral até o 4º grau, pode ter um “benefício” maior do que o filho concebido por técnica de RA em relação ao quinhão hereditário. Por meio de entendimento

jurisprudencial, não existe diferença entre os filhos de uma determinada família, cita-se:

“A interpretação do art. 227, § 6º, da Constituição Federal, que instituiu o princípio da igualdade entre os filhos, veda que, dentro da família adotante, seja concedido, com fundamento em dispositivo legal do Código Civil de 1916, benefício sucessório extra a determinados filhos que implique reconhecer o direito de participar da herança dos parentes adotivos e dos parentes consanguíneos”. (BRASIL, 2015, Grifo nosso).

Dessa maneira, um filho natural não pode receber por sucessão legítima mais do que um filho concebido em laboratório por meio de RA, pois isso representaria um atentado ao princípio da igualdade entre os filhos, retirado do art. 227, §6º, do Texto Maior (BRASIL, 1988).

Seguindo esse raciocínio, e com base no inc. IV do art. 1.597 do CC, os casos de inseminação artificial homóloga póstuma são menos polêmicos do que as outras técnicas de RA *post mortem*, pois o embrião foi criopreservado antes da morte do seu genitor. E por esse motivo são herdeiros necessários e devem ter o seu direito sucessório reconhecido, conforme estabelecido no art. 1.798 do CC. Conforme posicionamento de Eduardo de Oliveira Leite sobre o assunto:

“Em se tratando de criança concebida *in vitro* (sem recurso a um terceiro doador) e cujo pai faleceu antes da implantação do embrião, a hipótese é cientificamente plausível já que a congelação do embrião permite sua conservação. A criança herdaria de seu pai porque concebida na data da abertura da sucessão. No caso de criança concebida, a máxima *infans conceptus pro nato habetur quoties ejus agitur* confere a aptidão a herdar sob a condição de nascer com vida” (LEITE, 2003, p. 109-110).

Assim sendo, o filho concebido em casos de inseminação artificial homóloga *post mortem* possui legitimidade para ser herdeiro legítimo e não pode ter o seu respectivo quinhão hereditário excluído. Dessa maneira, terá que entrar com a peça processual cabível, a petição de herança, para legitimar um dos seus direitos fundamentais caso nasça com vida, o da herança.

(iii) Cabimento da Petição de Herança

Conforme já mencionado, a petição de herança é o meio processual eficaz para aqueles que ficaram excluídos da partilha hereditária pleitearem o seu direito sucessório (BRASIL, 2002). Nesse mesmo sentido, os filhos concebidos por

inseminação artificial em casos de *post mortem* decorrentes de inseminação artificial homóloga são excluídos do seu direito sucessório, e por esse motivo, podem ajuizar essa peça processual.

A natureza jurídica da petição de herança é de desconstituição, pois torna nula a partilha feita, tendo como consequência, a devolução de parte ou totalidade da herança ao herdeiro preterido, conforme entendimento da Apelação nº 0002887-52.2014.8.26.0426, da Comarca de Patrocínio Paulista – TJSP. Segundo Sílvio de Salvo Venosa:

“A ação de petição de herança objetiva não somente o reconhecimento da qualidade de herdeiro, mas também e principalmente sua integral satisfação no acervo hereditário. Diz que essa ação é universal, porque busca a universalidade da herança ou de parte dela” (Direito Civil Volume VII, 16ª Edição Direito das Sucessões p. 118)

E no caso analisado, o herdeiro preterido é um herdeiro necessário, pois é filho do *de cujus*. Conforme ensina Maria Berenice Dias:

“A sentença declara sua condição de sucessor e condena quem está na posse da herança a entregá-la. Trata-se de verdadeira 'devolução' a quem é titular desde a abertura da sucessão. Por isso, os efeitos da sentença retroagem à data da abertura da sucessão. A ação de petição de herança é chamada de universal, eis que o autor não pretende a devolução de coisas destacadas, mas si do patrimônio hereditário por inteiro” (DIAS, 2013, p. 629).

Por esse entendimento, estabelece-se que a ação de petição de herança é sujeita ao prazo de 20 (vinte) anos sob o CC de 1916 (art. 177) e 10 anos no CC vigente (art. 205), conforme julgamento da Apelação nº 0002887-52.2014.8.26.0426, da Comarca de Patrocínio Paulista – TJSP.

Para isso, é necessário determinar o início da contagem desse prazo de 10 anos, conforme o CC de 2002. Conforme entendimento do STJ, o início do prazo começa a partir do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade em caso de filiação biológica, conforme exposto no art. 189 do CC:

O termo inicial para o ajuizamento da ação de petição de herança é a data do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, quando, em síntese, confirma-se a condição de herdeiro. 3. [...]. 4. [...]. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido. (BRASIL, 2016).

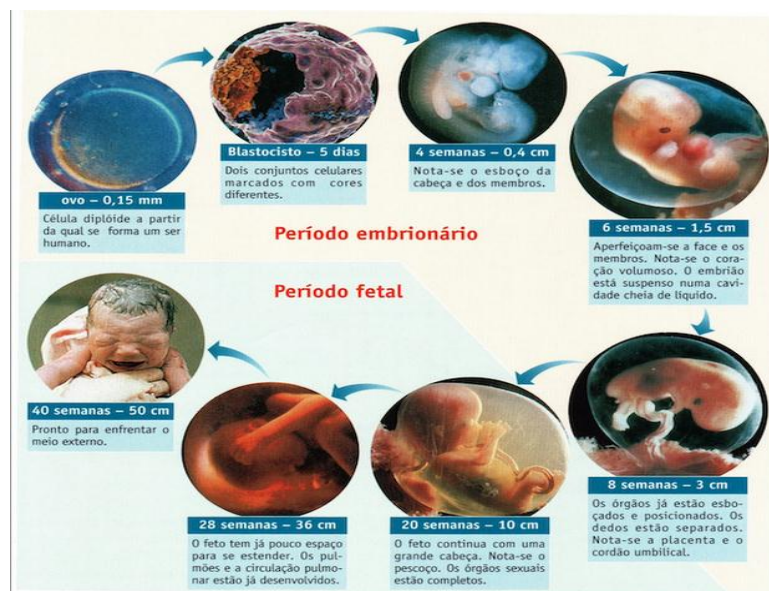
Portanto, é cabível essa peça processual com base no art. 189 do CC de 2002. Dessa maneira, os embriões excedentários decorrentes de inseminação artificial

homóloga poderão ingressar com a petição de herança, tendo em vista que são herdeiros necessários.

(iv) Princípio valorativo da pessoa humana como valor e sua influência nos concebidos por técnicas de RA e seres humanos

Todo ser humano é proveniente de um embrião. Seguindo essa linha de raciocínio, todos os embriões criopreservados podem metamorfosear em seres humanos no futuro (SÁ e OLIVEIRA, 2004). Conforme imagem abaixo:

Figura 2: Ciclo da Vida Humana



Fonte: Ciclo da Vida humana. Fonte: <http://educacao.globo.com/biologia/assunto/fisiologia-humana/embriologia.html>. Acesso em: 26/01/2018.

Assim sendo, tanto um embrião quanto um ser humano possuem a mesma natureza comum, que é o ciclo da vida humana (SÁ; OLIVEIRA, 2004). Conforme entendimento doutrinário, existem três linhas de pensamento sobre o embrião:

- “1ª linha: admite que a origem de toda pessoa humana e o termo inicial do necessário amparo encontra-se na concepção – segundo esse posicionamento, o embrião teria igual valor ao de uma pessoa plenamente desenvolvida;
- 2ª linha: a que reconhece diferenciada proteção, conforme as diversas fases de desenvolvimento do novo ser que se forma (assim, somente a partir do 6º dia após a concepção; ou depois da nidação do zigoto ao útero; ou 14 dias após a concepção, quando se vislumbra o início de formação do sistema nervoso central; ou após o 18º dia, com a formação da placa neural; ou somente após a configuração dos órgãos; ou confirmada a viabilidade do ser

que se forma; ou após a infusão da alma; ou se possível a re-identificação, etc.) e

c) 3º linha: a que identifica no embrião uma pessoa humana potencial, com autonomia a lhe assegurar um estatuto próprio” (SÁ; OLIVEIRA, 2004).

Diante do exposto, caso ocorra o descarte de um embrião *in vitro*, estaria ocorrendo a violação da vida ali presente e que poderia ser concebida. Nesse sentido: “a necessidade de se respeitar o ser embrionário, desde o início do seu ciclo vital, decorre, sobretudo, da extrema proximidade individual existente entre ele e a pessoa humana que em breve poderá apresentar-se plenamente desenvolvida” (SÁ; OLIVEIRA, 2004).

Por esses motivos expostos, toda prática violenta aos embriões *in vitro* atinge diretamente o princípio valorativo da pessoa humana, tendo como consequência, uma violação a dignidade humana com base no princípio da proporcionalidade (BRASIL, 1988). Segundo entendimento do STJ:

“Atualmente, o princípio da proporcionalidade é entendido como proibição de excesso e como proibição de proteção deficiente. No primeiro caso, a proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais, ao passo que no segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela faz com que o Estado seja obrigado a garantir os direitos fundamentais contra a agressão propiciada por terceiros”. (BRASIL, 2012, Grifo nosso).

Nesse sentido, uma violação física, moral, ética e genética aos embriões *in vitro* estaria violando diretamente o Texto Maior (BRASIL, 1988). Conforme ensina Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira (2004, p. 174-175):

“Em face da semelhança entre os embriões humanos e as pessoas já nascidas, não há como afastá-los da valorização personalista que emerge do texto constitucional. O respeito à dignidade e à vida da pessoa humana a eles se estende, fazendo-se concluir que toda atividade abusiva que venha atingir seres embrionários conflitará com o respeito à vida e à dignidade humanas assegurado constitucionalmente”.

Com base no CC de 2002 e na CF de 1988, o embrião deve ter uma regulamentação específica que respeite o princípio da dignidade humana, pois isso permitirá uma segurança jurídica nos casos sucessórios decorrentes de inseminação artificial homóloga post mortem

3.7 Consentimento expresso do *de cujus* para utilização de seu gameta ou introdução de embrião após o seu falecimento

Conforme já demonstrado ao longo do trabalho, a paternidade em casos de inseminação *post mortem* ocorre quando a mulher na condição de viúva se utiliza das técnicas de RA com o material genético do *de cujus*, e além disso, é necessário que haja uma autorização escrita¹³ do marido para que se utilize seu material genético após seu falecimento, sendo esse um requisito obrigatório (Enunciado nº 106 aprovado na I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal).

No mesmo sentido, a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina também defende a necessidade da autorização expressa do falecido para utilização de seu gameta ou implantação de embrião após sua morte, conforme dispõe em seu item, V, 3:

No momento da criopreservação, os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento, de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los (Res. CFM nº 2.168/1, Grifo nosso).

Ainda no item VIII dessa Resolução:

É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente (Res. CFM nº 2.168/17, Grifo nosso).

A jurisprudência também defende a necessidade do consentimento do cônjuge falecido para utilização de seu gameta ou introdução do embrião após o seu falecimento, cita-se:

DIREITO CIVIL. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR. AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM. RESOLUÇÃO 1.358/92, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.

1. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o

¹³ Essa autorização recebe o nome de Termo de Consentimento (TC) e é realizada no momento em que o casal expressa sua vontade de realizar alguma técnica de RA.

consentimento do *de cujus* para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim.

2. "No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-lo" (a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina)

3. Recurso conhecido e desprovido.

(Acórdão n.874047, 20080111493002EIC, Relator: CARLOS RODRIGUES, Revisor: MARIA DE LOURDES ABREU, 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 25/05/2015, Publicado no DJE: 18/06/2015. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Conforme já mencionado anteriormente, esse consentimento expresso do falecido respeita o princípio da segurança jurídica, pois aquele material biológico pertence ao *de cujus*. Assim sendo, quando isso é feito, não há que se negar o direito sucessório do embrião excedentário, tendo em vista que seu pai consentiu com o seu nascimento. Dessa maneira, a inseminação artificial *post mortem* só ocorrerá no caso do falecido ter deixado seu consentimento expresso que seu material biológico poderia ser utilizado, por meio de um documento formal, em instrumento público ou testamento (DINIZ, 2014).

Essa presunção de paternidade é válida nos casos de união estável, e não somente aos casados, tendo em vista o princípio da entidade familiar protegida pela Carta Magna (BRASIL, 1988).

Imagina se esse material biológico pudesse ser utilizado do jeito que a viúva ou a medicina quisessem, isso violaria todo o ordenamento jurídico brasileiro vigente, principalmente o Texto Maior (BRASIL, 1988). A vontade do *de cujus* deve sempre ser respeitada e levada em consideração, sendo esse um dos pilares básicos do direito sucessório (BRASIL, 2002).

Além disso, a utilização desse material genético violaria o biodireito e a bioética, institutos fundamentais na questão da vida humana e de sua violação. Segundo Paulo Lôbo:

"O princípio da autonomia dos sujeitos, como um dos fundamentos do biodireito, condiciona a utilização do material genético do falecido ao consentimento expresso que tenha deixado para esse fim. Assim, não poderá a viúva exigir que a instituição responsável pelo armazenamento lhe entregue o sêmen armazenado para que seja nele inseminado, por não ser objeto de herança e nem coisa. A paternidade deve ser consentida, porque não perde a dimensão da liberdade. A utilização não consentida do sêmen deve ser

equiparada à do dador anônimo, o que não implica atribuição de paternidade (LÔBO, 2003, p. 51)".

O consentimento expresso do *de cujus* para utilização de seu gameta ou introdução de embrião após o seu falecimento na sua cônjuge/companheira assegura os princípios da dignidade humana e segurança jurídica previstos na CF de 1988 (BRASIL, 1988).

3.8 Problemática dessa situação concreta no ordenamento jurídico brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro não possui uma legislação específica sobre os direitos dos embriões, inclusive os sucessórios. A única legislação sobre o tema, lei federal nº 11.105/2005, regula apenas os procedimentos das células-tronco.

3.8.1 Lei de Biossegurança nº 11.105/2005

A lei federal nº 11.105/2005, que regula as técnicas de RA, é omissa em relação a aplicação ao uso dessas técnicas, o que é contraditório para o ordenamento jurídico brasileiro. Nessa lei, regula-se apenas os procedimentos das células-tronco, deixando uma lacuna na lei sobre como proceder em casos de utilização das técnicas de RA, que é um dos assuntos mais polêmicos na sociedade brasileira, justamente por não ter uma legislação específica (BRASIL, 2005).

Conforme art. 5º dessa lei, é permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por FIV e não usados no respectivo procedimento, devendo-se observar os seguintes requisitos: (i) sejam embriões inviáveis; ou (ii) sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. Entretanto, para qualquer uma dessas duas situações, é necessário que haja o consentimento dos genitores. Além disso, é vedado a comercialização desse material biológico e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 (BRASIL, 2005).

Conforme exposto acima, existe uma lacuna na lei sobre a natureza jurídica do embrião excedentário. Ele é mencionado no ordenamento jurídico em vigor, Lei de

Biossegurança, porém não existe nenhum posicionamento sobre sua proteção e natureza (BRASIL, 2005).

3.9 Projetos de Lei sobre os embriões excedentários

O direito sucessório dos embriões excedentários em casos de *post mortem* é um assunto tão polêmico e que exerce tanta influência no Direito que já tramitam Projetos de Lei (PL) visando solucionar a omissão legislativa do tema, conforme será abordado a seguir.

O primeiro PL nº 120/2003, sobre o assunto de RA defende que todo ser nascido de técnicas artificiais tem o direito de saber a identidade de seu pai ou mãe biológicos. E desde então, surgiram vários outros PL's sobre a RA, tendo em vista que o Direito não consegue acompanhar a velocidade da ciência (BRASIL, 2003).

Todos os projetos irão passar pelas comissões de Seguridade Social e Família e Constituição e Justiça e de Redação. Como são vários projetos é comum o relator fazer um substitutivo englobando todos os projetos.

3.9.1 PL 9.403/2017

O PL 9.403/2017 é um dos principais projetos sobre as técnicas de RA (BRASIL, 2017). Sua aprovação é extremamente importante para o direito sucessório dos embriões excedentários, pois defende a alteração do art. 1.798 do CC para o seguinte texto:

“Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão bem como os filhos gerados por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança, desde que:
I – os conjuges ou companheiros expressem sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dados aos embriões, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los, através:
a) Testamento público; ou
b) Testamento particular; ou
c) Documento assinado em clínica, centros ou serviços de reprodução humana, serviços médicos hospitalares, todos devidamente cadastrados e reconhecidos pelo Conselho Federal de Medicina ou Conselhos Regionais de Medicina.
II – nos casos de necessidade de gestação em útero diversos a um dos cônjuges, será obedecido o disposto na legislação vigente ou na Resolução do Conselho Federal de Medicina ou determinação judicial.” (NR) (BRASIL, 2017).

O motivo para a criação desse PL é que o Direito não consegue acompanhar a velocidade da ciência, assim sendo, o atual art. 1.798 do CC é precário para tratar dos casos de paternidade decorrentes de RA. Por essa razão, é extremamente importante que esse PJ seja aprovado, pois acabará com uma omissão legislativa injusta e que causa várias divergências no sistema civil brasileiro. Além disso, ficará por uma vez de todas reconhecido o direito sucessório do embrião excedentário em casos de *post mortem* (BRASIL, 2017).

Conforme expresso no PL:

“Nosso ordenamento jurídico é tímido ao tratar da paternidade, sobretudo nas hipóteses de reprodução assistida. Diante disso, faz-se necessário atualizar a legislação, a fim de garantir o direito do filho gerado por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança” (BRASIL, 2017).

Ora, está evidente a necessidade de aprovação desse PJ no sistema civil brasileiro, pois isso garantirá uma celeridade e economia processual, além de respeitar o princípio da segurança jurídica exposto na CF. Entretanto, o projeto está parado desde 2015, o que é prejudicial para resolução da presente tese (BRASIL, 2017).

No presente momento, esse PL está na comissão de Seguridade Social e Família e Constituição e Justiça e de Redação. Já em relação ao seu trâmite atual, foi apensado ao PL 7591/2017 e está sujeito a apreciação do Plenário (BRASIL, 2017).

3.9.2 PL 115/2015

Esse é outro PJ fundamental para a resolução da presente tese. Em sua própria ementa: “Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Logo, a omissão da lei sobre RA e seus efeitos jurídicos será resolvida de maneira justa e eficaz (BRASIL, 2015).

No capítulo VI desse PJ, “– Dos Direitos Patrimoniais e Pessoais das Pessoas Nascidas pelo Emprego das Técnicas de Reprodução Assistida” já existe artigo específico defendendo o direito sucessório das pessoas nascidas de RA. Cita-se:

“Art. 59. Tratando-se de fecundação post mortem, garantir-se-á o direito sucessório do descendente, caso a gravidez ocorra em até 3 anos da

abertura da sucessão do genitor que autorizou expressamente a utilização de seu gameta ou embrião criopreservado.

§ 1º As partes que se submeterão aos procedimentos de reprodução assistida serão informadas clara e expressamente quanto à condição apresentada no caput, no termo de consentimento informado, antes de se submeterem ao tratamento.

§ 2º Caso haja material genético congelado de pessoa que tenha deixado autorização expressa para sua utilização, nos termos desta lei, será aberta sucessão provisória ou condicional até que transcorra o prazo de 3 anos ou que, dentro desse período, se constate a gravidez do descendente biológico da pessoa falecida.

§ 3º Transcorrido o prazo previsto ou nascido o filho a sucessão passará a ser definitiva.

§ 4º O previsto neste artigo não exclui o direito de petição de herança, nos termos do Código Civil” (BRASIL, 2015).

Conforme já defendido na presente tese, deverá existir um tempo específico para a aquisição do direito sucessório, além da petição de herança ser cabível também nessa hipótese (BRASIL, 2015).

3.9.3 PL 115/2015

Esse PL possui a mesma ementa do PL 115/2015 e defende a RA *post mortem*, desde que haja o Termo de Consentimento. Cita-se:

“Art. 35. É permitido o uso de material genético de qualquer pessoa, seja óvulo, espermatozoide ou embrião já formado, após a sua morte, desde que haja manifestação específica, em documento escrito, dado por ela em vida, para o uso do seu material biológico criopreservado, descrevendo:

I – a pessoa que deverá gestar o ser já concebido, em caso de embrião;

II – a quem deverá ser destinado o gameta, seja óvulo ou espermatozoide, e quem o gestará após a concepção.

Parágrafo único. A pessoa escolhida como destinatária deverá dar sua anuência ao documento” (BRASIL, 2015).

O documento escrito é o Termo de Consentimento já citado no primeiro capítulo do presente trabalho, e por isso, a importância ética do médico em cumprir com esse regimento (Res. CFM Nº 2.168/17). Além disso, o próprio art. 36 desse PJ defende a necessidade desse documento escrito para a realização da RA *post mortem*:

“Art. 36. Não serão permitidas a coleta e a utilização de material genético daquele que não consentiu expressamente, ainda que haja manifestação uníssona de seus familiares em sentido contrário” (BRASIL, 2015).

Esse artigo garante uma segurança jurídica na presente tese discutida, pois se fosse autorizado o uso de material genético de uma pessoa sem o seu consentimento, não seria eticamente correto, além de violar diretamente a bioética (BRASIL, 1988).

3.10 Possíveis soluções

Conforme já demonstrado ao longo do presente trabalho, existe uma lacuna na lei sobre o direito sucessório dos embriões excedentários. E o ordenamento jurídico brasileiro deve adotar um posicionamento sobre o assunto, pois é um tema que demanda um cuidado especial, já que aborda o direito civil, sucessório do embrião excedentário. E todo indivíduo que nasça por RA *post-mortem* não pode ficar sem os seus respectivos direitos, pois isso fere o Texto Maior (BRASIL, 1988).

Dessa maneira, serão abordadas algumas possíveis soluções para a presente temática, segundo posicionamento de doutrinadores e Projetos de Lei que tramitam na Câmara dos Deputados.

3.10.1 Resolução CFM nº 2.168/17

Essa resolução autoriza a reprodução assistida *post-mortem* desde que haja “autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente” (Res. CFM nº 2.168/17). Logo, o ordenamento jurídico brasileiro deve se adequar a essa inovação tecnológica, aprovando um dos Projetos de Lei já mencionados acima, pois existe uma lacuna na lei sobre o direito sucessório dos embriões excedentários (BRASIL, 2002).

Conforme expresso na exposição dessa Resolução:

“No Brasil, até a presente data, não há legislação específica a respeito da reprodução assistida (RA). **Tramitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos a respeito do assunto, mas nenhum deles chegou a termo**” (Res. nº 2.168/17, Grifo nosso).

Além disso, nessa mesma exposição do porquê dessa nova resolução, o CFM alega que “age sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da obediência aos princípios éticos e bioéticos, que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos” (Res. nº 2.168/17).

Portanto, se o próprio CFM chegou a essa conclusão sobre o assunto, o ordenamento jurídico brasileiro deve adotar uma legislação específica sobre o direito

civil e sucessório do embrião excedentário, ressaltando que é uma questão polêmica justamente por existir uma lacuna na lei (BRASIL, 2002).

O uso das técnicas de RA está aumentando e continuará aumentando devido a utilização de “preservação social e oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos”, mulheres solteiras, casais homoafetivos e barriga de aluguel (Res. nº 2.168/17). O problema é que o sistema jurídico brasileiro não está preparado para lidar com essa inovação tecnológica, e como a utilização de RA só aumenta com o tempo, passará a existir maiores casos problemáticos envolvendo embriões excedentários. Dessa maneira, é imprescindível que seja aprovado um dos Projetos de Lei vigentes na Câmara dos Deputados regulando o assunto (BRASIL, 2015;2017).

Outro ponto importante dessa Resolução é sobre a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005), pois essa lei permitiu a utilização para pesquisa de embriões congelados há três anos ou mais, na data da publicação da Lei (28.03.2005). Assim sendo, por meio da Resolução nº 2.168/17 e através da analogia, a “alteração passa de cinco para três anos o período de descarte de embriões” (Res. nº 2.168/17).

3.10.2 A instabilidade democrática como empecilho para o ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil a separação dos poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário não funciona de maneira adequada, e isso está evidente no cotidiano brasileiro. Essa problemática atual é responsável por uma má gestão do país, afetando inclusive o Direito brasileiro, transformando o país numa desordem política, econômica e social. Nesse mesmo entendimento, cita-se a ADI nº 2213 MC/DF:

“O sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais” (BRASIL, 2002).

Uma democracia é reconhecida mundialmente como a separação de poderes entre o Executivo, Legislativo e Judiciário. O pensador francês Charles de Montesquieu, autor da obra *De l'Esprit des Lois* (O Espírito das Leis), exerceu grande influência nessa divisão de poderes (CORREIA, 2018).

Segundo Montesquieu, a separação dos poderes é fundamental para garantir o bem-estar de uma sociedade, pois o conflito de competências entre o Legislativo, Executivo e Judiciário gera uma insegurança jurídica (BRASIL, 1988). E isso não faz sentido, pois a separação dos poderes serve especialmente para ter um controle jurídico, social e político sob o cuidado de cada poder competente.

Um poder não pode interferir na função do outro, e isso é o que está acontecendo no Brasil. Para exemplificar esse conflito de competência, o autor Luiz Felipe De Seixas Corrêa, autor da notícia “Brasil: a imperfeita separação dos poderes”, publicada no jornal *El País* se utiliza do seguinte argumento:

“Se o legislador se confunde com o executor, está aberta a porta aos nepotismos, favoritismos e à corrupção, já que existe sério risco de que o legislador formule e aplique leis que lhe sejam mais favoráveis. Se o executivo se confunde com o juiz, como controlar as decisões que dele emanam?” (CORRÊA, 2018).

Dessa maneira, a interferência de um poder no outro é prejudicial para o ordenamento jurídico brasileiro. Esse fator pode ser uma das causas da omissão do Poder Legislativo sobre a criação de um regulamento específico sobre os direitos dos embriões, inclusive os sucessórios (BRASIL, 2002).

3.10.3 Meio ambiente e o art. 225 da CF de 1988

A preservação e defesa de um meio ambiente equilibrado para futuras gerações está prevista no art. 225 Texto Maior, que diz:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988, Grifo nosso).

Dessa maneira, não há dúvidas de que o Poder Público deve defender e preservar as futuras gerações, e isso engloba os direitos sucessórios dos embriões excedentários. Para ressaltar esse entendimento cita-se Silva, 2013, p. 53: “A Constituição o tem como parte da “Ordem Social”; logo, trata-se de direito social do Homem”. Esse posicionamento é sobre o art. 225 da CF de 1988 já mencionado.

Nesse sentido, o §1º e uma análise dos incs. II e V do art. 225 da CF são fundamentais para uma compreensão mais detalhada sobre o porquê da necessidade

de uma regulamentação específica sobre as técnicas de RA em casos de *post mortem*:

“§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
 II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
 V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”; (BRASIL, 1988).

Por meios desses incisos, a lacuna da lei sobre os direitos sucessórios dos embriões excedentários é uma falha do Poder Público, pois esse possui o dever de preservar e defender as futuras gerações. E com o avanço da tecnologia e o aumento do uso de técnicas de RA, o embrião excedentário engloba as futuras gerações (BRASIL, 1988). Conforme entendimento de Silva, 2013, p. 56, menciona-se o entendimento da significação geral desses dois enunciados, II e V do art. 225 da CF de 1988:

“II – o dever de defender o meio ambiente e preservá-lo, no entanto, é imputado ao Poder Público e à coletividade;
 V – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético vale dizer preservar todas as espécies, através do fator caracterizante e diferenciador da imensa quantidade de espécies vivas do país, incluindo aí todos os reinos biológicos”;

Dessa maneira, o embrião excedentário engloba as futuras gerações e deve ser defendido e protegido pela própria Constituição de 1988, pois caso contrário estará ocorrendo uma violando direta ao Texto Maior. (BRASIL, 1988).

10.3.4 ADI nº 3.510/DF e a Lei de Biossegurança 11.105/2005

A Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3.510/DF aborda o seguinte tema: “A proteção constitucional do direito à vida e os direitos infraconstitucionais do embrião pré-implanto”. Esse tópico discutido nessa ADI reforça a necessidade da aprovação de algum PL sobre os direitos do embrião excedentário, sendo o sucessório um deles. Conforme o posicionamento do Relator do caso, Ministro Aryes Britto:

“A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica” (BRASIL, 2010).

Assim sendo, em casos de *post-mortem* e que se tenha autorização expressa do cônjuge/companheiro falecido não há que se negar o direito sucessório do próprio filho que nascer com vida, pois caso isso continue ocorrendo, estaríamos diante de uma obstrução natural de um direito, tal fato pode ser equiparado a sua natural continuidade fisiológica, e isso deve ser vetado pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme já defendido pelo Ministro Aryes Britto.

Apesar de estar ocorrendo a obstrução natural de um direito, no caso do direito sucessório do embrião excedentário em casos de *post mortem*, o Min. Ayres Britto esclarece sobre o ciclo biológico da vida:

“As três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“in vitro” apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível (BRASIL, 2010).

A CF de 1988 é omissa em relação ao momento em que ocorre o início da vida humana ou o preciso instante que ela começa. A legislação infraconstitucional que dispõe sobre o início da vida é o CC de 2002, que adota a teoria natalista, conforme mencionado no primeiro capítulo (BRASIL, 2002). Cita-se o posicionamento da ADI nº 3.510/DF sobre o assunto:

“O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição” (BRASIL, 2010, Grifo Nosso).

Dessa maneira, o embrião pré-implanto, que é sinônimo de embrião excedentário, é um bem que deve ser protegido, e por isso a importância da aprovação de alguns dos PL's já mencionados, pois no presente momento não existe nenhuma proteção do direito comum para essa etapa do desenvolvimento biológico. Além disso, a única lei que aborda diretamente o bem “embrião excedentário” é totalmente ineficaz para a presente lide discutida, já que é omissa sobre qualquer proteção do direito para essa etapa da vida defendida no presente trabalho (BRASIL, 2005).

10.3.5 Cooperação entre a Bioética, Biodireito e Humanismo Jurídico

O princípio da dignidade humana previsto na CF de 1988 foi responsável por um sentido humanista entre bioética e Biodireito, tendo como consequência, um vínculo com a justiça (DINIZ, 2010). Os direitos humanos são fundamentais para a cooperação entre a Bioética, Biodireito e o Humanismo Jurídico pois “referem-se à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade” (DINIZ, 2010, p. 19).

Nesse sentido, cita-se o posicionamento de Diniz, 2010, p. 19:

“A bioética e o Biodireito andam necessariamente juntos, não podendo, por isso, obstinar-se em não ver as tentativas da biologia molecular ou da biotecnociência de manterem injustiças contra a pessoa humana sob a máscara modernizante de que buscam o processo científico em prol da humanidade”.

Assim sendo, essas injustiças contra a pessoa humana violam o art. 225 da CF de 1988, que impõe a defesa do meio ambiente “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988). Portanto, a CF veta qualquer meio que inviabilize a qualidade de vida das futuras gerações, inclusive as injustiças contra a pessoa (BRASIL, 1988). Além disso, “se em algum lugar houver qualquer ato que não assegure a dignidade humana, ele deverá ser repudiado por contrariar as exigências ético-jurídicas dos direitos humanos” (DINIZ, 2010, p. 19).

Diante do exposto, é fundamental que a bioética, Biodireito e humanismo jurídico trabalhem juntos com o Poder Judiciário para a elaboração dos PL's sobre os embriões excedentários, pois estamos diante do princípio da dignidade humana, já que se trata de uma possível futura vida (BRASIL, 1988). Cita-se:

“As práticas das “ciências da vida”, que podem trazer enormes benefícios À humanidade, contêm riscos potenciais muitos perigosos e imprevisíveis, e, por tal razão, os profissionais da saúde devem estar atentos para que não transponham os limites éticos impostos pelo respeito à pessoa humana e à sua vida, integridade e dignidade” (DINIZ, 2010, p. 19).

O princípio da dignidade humana deve ser respeitado por todos os seres humanos pois está previsto no Texto Maior. Entretanto, isso não ocorre de maneira eficaz no ordenamento jurídico, pois muitos casos excluem os direitos humanos.

Diante tal fato, há a necessidade da cooperação entre bioética, Biodireito e humanismo jurídico, já que por meio disso, é possível a construção de uma sociedade mais humanitária. Como elucida Maria Helena Diniz:

“Todos os seres humanos, os aplicadores do direito e em especial os médicos, os biólogos, os geneticistas e os bioeticistas devem intensificar sua luta em favor do respeito à dignidade humana, sem acomodações e com muita coragem, para que haja efetividade dos direitos humanos. A consciência destes é a maior conquista da humanidade, por ser o único caminho para uma era de justiça, solidariedade e respeito pela liberdade e dignidade de todos os seres humanos” (DINIZ, 2010, p. 20).

Diante do exposto, o princípio da dignidade humana deve ser levado em consideração em todas as situações do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive as dos embriões excedentários (BRASIL, 1988).

CONCLUSÃO

A RA é técnica promissora para a modernidade por permitir o surgimento de um novo indivíduo por um método artificial. Com esse avanço tecnológico, surgiu uma questão polêmica desde sua origem até os dias de hoje: qual seria o direito sucessório dos embriões excedentários em casos de *post mortem*, ou seja, nos casos que a genitora decide engravidar após a morte do seu cônjuge/companheiro.

Por tratar de questões como ética, Biodireito, bioética e vida, o Conselho Federal de Medicina (CFM), criou uma resolução própria para a RA, a Res. CFM nº 2.168/2017. Na sua exposição de Motivos, essa Resolução alega que no Brasil não existe, até os dias atuais, uma legislação específica a respeito de RA. Existe, portanto, uma lacuna na lei sobre a questão dos direitos sucessórios dos embriões excedentários, e isso não pode ser admitido.

O Código Civil (CC) de 2002, no inc. III do art. 1.597 reconhece a filiação dos filhos “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”, porém, é omissa sobre o quinhão hereditário desse filho, eis que somente confere direito à herança àquele concebido ou nascido no momento da morte do genitor. O Brasil adota a teoria natalista, logo, o embrião excedentário não possui personalidade jurídica, logo não pode adquirir direitos e contrair obrigações.

Conforme previsto no princípio da coexistência, art. 1.798 do CC, existem duas condições para um indivíduo suceder, quais sejam: ser nascido ou já concebido no momento da abertura da sucessão. Assim sendo, o embrião excedentário está excluído desses requisitos, e por isso não é reconhecido como herdeiro legítimo.

Apesar desse entendimento, o Código Civil de 2002, no inc. I do artigo 1.829 alega que um dos sucessores legítimos é o descendente. Assim sendo, o embrião excedentário decorrente da inseminação artificial homóloga *post mortem*, caso nasça com vida e tenha o consentimento expresso do *de cujus*, deve ser considerado herdeiro necessário, pois é filho do falecido. O Direito sucessório defende a legítima do herdeiro necessário, que nesse caso será o embrião excedente.

Dessa maneira, todo filho nascido de técnica de RA, desde que haja o consentimento expresso de vontade do falecido, terá o direito da paternidade reconhecido. Portanto, o direito sucessório dos embriões excedentários seria cabível

por intermédio da petição de herança, já que esses ficaram excluídos da herança por não serem nascidos na época da partilha. Essa peça processual é cabível em todos casos de exclusão de algum determinado herdeiro, como os embriões excedentários, e por isso a relevância de não os excluir de um direito próprio seu, que é o da herança.

Em relação às críticas de considerar o embrião decorrente de inseminação artificial homóloga *post mortem* herdeiro legítimo gerar uma insegurança jurídica não merece prosperar, pois no direito sucessório o princípio da segurança jurídica já é naturalmente relativo em qualquer processo por ser cabível a petição de herança dos herdeiros excluídos, mesmo após a partilha hereditária.

Pelo fato de existir essa peça processual adequada para os excluídos da herança, não há motivos para o ordenamento jurídico brasileiro excluir um direito que é intrínseco dos embriões excedentários. Nesses casos, deve ser aplicado as regras da petição de herança, cujo prazo prescricional é de dez anos, que devem ser contados a partir do momento em que cessar a incapacidade do herdeiro.

Ocorre que não existe nenhuma legislação específica defendendo os direitos dos embriões excedentários, inclusive os sucessórios. A utilização de RA está aumentando de maneira exponencial, e com isso, o número de chances de ocorrer uma inseminação *post mortem* será mais provável.

O problema é que já existem projetos de lei sobre o tema, mas mesmo esses projetos são insuficientes para a resolução do direito sucessório dos embriões excedentários. E a criação de uma legislação específica sobre os direitos dos embriões excedentários garantirá a perseverança e qualidade de vida das futuras gerações, conforme previsto no art. 225 da Constituição Federal de 1988 justamente por solucionar um problema que já deveria ter sido pelo Poder Judiciário há muito tempo.

Outro fator importante é o princípio da igualdade entre os filhos estabelecido na própria CF, que não permite o tratamento diferenciado entre filhos, seja ele concebido por RA, método natural ou mesmo adotado. Logo, não há que se falar da exclusão dos direitos sucessórios em crianças concebidas por inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Com o entendimento da CF e do CC e elaboração do presente trabalho, a inseminação artificial homóloga *post mortem* só poderá surtir efeitos jurídicos no âmbito da filiação e do direito sucessório, nos casos em que restar comprovada a inequívoca manifestação de vontade do falecido expressada em vida, fato que por si só reduziria a possibilidade da mera objetivação de lucro por parte da viúva.

Diante do exposto, o Poder Legislativo deve criar uma legislação específica que regulamente os direitos dos embriões excedentários, inclusive os sucessórios. Como o princípio da coexistência prevê duas exceções a teoria natalista, entre elas, o nascituro e a prole eventual, não existe impedimento para acrescentar uma outra restrição, a do embrião excedentário.

Conclui-se que àquele que foi gerado por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem* não deve ser negada a possibilidade de pleitear direitos sucessórios na qualidade de herdeiro necessário, sendo em habilitação em inventário, seja por meio de ação de petição de herança no limite prescricional desta.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcante. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. **Revista Brasileira de Direito de Família [online]**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=8>. Acesso em: 15 jan. 2018.

ARAÚJO, Maria Darlene Braga. O clássico estabelecimento da filiação e as inovações oriundas do princípio da isonomia. **Revista Pensar**. Fortaleza, v. 4, n. 4. p. 53, 1996).

BARBOSA, Heloisa Helena. Reprodução Assistida e o novo Código Civil: capítulo 9. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 225-249.

BARROSO, Luis Roberto. **Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.168/2017**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 fev. 2018.

BRASIL. **Projeto de lei nº 115/2015**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL+115/2015>. Acesso em: 28 fev. 2018.

BRASIL. **Projeto de lei nº 120/2003**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104774>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

BRASIL. **Projeto de lei nº 9.403/2017**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1634728&filename=PL+9403/2017>. Acesso em: 26 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência. **CC nº 124274/PR**. Suscitante: JUÍZO DE DIREITO DA 1A VARA DE FAMÍLIA E REGISTROS PÚBLICOS DE CASCAVEL – PR. Suscitado: JUÍZO DE DIREITO DA 2A VARA CÍVEL DE PRIMAVERA DO LESTE – MT. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 08 de março de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=27414840&num_registro=201201849037&data=20130520&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC nº 161.393/MG** (2010/0019644-7). Terceira Turma. Impetrante: ALTIERES DOS SANTOS RODRIGUES. Impetrado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Relatora: Min. Jorge Mussi. Brasília, 19 de abril de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18154657&num_registro=201000196447&data=20120503&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 19 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Resp nº 1183378/RS**. Quarta Turma. Recorrente: K R O. Recorrido: L P. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de outubro de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1099021&num_registro=201000366638&data=20120201&formato=PDF>. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Resp nº 1274240/SC**. Terceira Turma. Recorrente: J G Z E OUTROS. Recorrido: N F R. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 08 de outubro de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31746614&num_registro=201102045237&data=20131015&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 22 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1415727/SC**. Quarta Turma. Recorrente: Graciane Muller Selbmann. Recorrido: Seguradora Líder dos Consórcios de Seguro DPVAT S/A. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 4 de setembro de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1346306&num_registro=201303604913&data=20140929&formato=PDF>. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1424475/MT**. Terceira Turma. Recorrente: J A E OUTRO. Recorrido: V M R C E OUTROS. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 03 de março de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45139782&num_registro=201102290401&data=20150311&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 17 jan. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Resp nº 1355479/SP**. Quarta Turma. Recorrente: ELVIRA GANHÓ E OUTROS. Recorrido: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília, 24 de março de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1355479&num_registro=201403240001&data=20150324&tipo=5&formato=PDF>.

uencial=47952818&num_registro=201202486864&data=20150520&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1297611/SP**. Quarta Turma. Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Recorrido: NEIDE REGINA DOS SANTOS CRUZ. Relatora: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 06 de junho de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74185448&num_registro=201102946887&data=20170801&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 17 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1279624/PR**. Quarta Turma. Recorrente: DARCI DE SOUZA E OUTROS. Recorrido: SANDRA KAAFA SOUTELLO BARBIERI - SUCESSOR E OUTRO. Relatora: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 23 de maio de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1591056&num_registro=201101556276&data=20170614&formato=PDF>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1381655/SC**. Terceira Turma. Recorrente: D B N E OUTROS. Recorrido: D F T. Relatora: Min. Nancy andrighi. Brasília, 13 de agosto de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30391218&num_registro=201200375104&data=20131106&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1477498/SP**. Terceira Turma. Recorrente: REGIANE RODRIGUES HERMANN PIMENTA. Recorrido: ANÉZIA BORGES HERMANN – ESPÓLIO; PAULO CESAR CARVALHO COSTA HERMANN- INVENTARIANTE. Relatora: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 23 de junho de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=49292702&num_registro=201101975897&data=20150630&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1.332.773/MS**. Terceira Turma. Recorrente: SÔNIA REGINA FRANCO TEODORO. Recorrido: ANTONIO PEREIRA DE BRITO - ESPÓLIO. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 27 de junho de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=37313521&num_registro=201201396745&data=20170801&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1.475.759/DF**. Terceira Turma. Recorrente: V J C. Recorrido: R O DA S C. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 17 de maio de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=61194803&num_registro=201303462777&data=20160520&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Resp nº 163750/SP**. Terceira Turma. Recorrente: F D G. Recorrido: R M. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24 de outubro de 2017. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77874951&num_registro=201601934410&data=20171113&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI nº 3.510/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Aryes Britto. Brasília, 28 de maio de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI nº 2.213-0/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 4 de abril de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0035.10.011075-4/001**. Relator(a): Des.(a) João Cancio. Minas Gerais, 01 de outubro de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AC_10515110030902001_21152.pdf?Signature=Ow9JuUCtHR15h900MwPGfNCiCxQ%3D&Expires=1521567984&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=c629f26f4e5ee226b2fb91921b62d7c3>. Acesso em: 10 jan. 2018.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CORRÊA, Luiz Felipe de Seixas. **Brasil: a imperfeita separação dos poderes**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/12/opinion/1515780597_019889.html>. Acesso em: 28 mar. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 2015. **Curso de Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Atlas, 2015. v. 6.

FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. **Direito Civil Parte Geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *As inovações tecnológicas e o direito das sucessões*. **Revista Jurídica**. V. 57 N. 357, p.51.

KALUME, Carolina; NUNES, Juliana Cezar; SAMRSLA, Mônica. A expectativa de mulheres que aguardam tratamento de reprodução assistida no hospital público de referência do Distrito Federal. In: GARRAFA, Volnei; CORDÓN, Jorge (Orgs.).

Pesquisa em Bioética no Brasil de hoje. São Paulo: Gaia, 2006. p. 85-100.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado**: direito das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Família. São Paulo: Saraiva, 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MEIRELLES, Jussara Maria de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

OEA. Corte Interamericana De Direitos Humanos. Decisão de 28 de novembro de 2012. **Caso artavia murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa rica**.

Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf>.

Acesso em: 8 de nov. 2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito de Família. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 7. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2005

QUAGLIA, Marcelo et al. **Reprodução assistida homóloga “post mortem” e sua eficácia no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie.

SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 7. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2014.